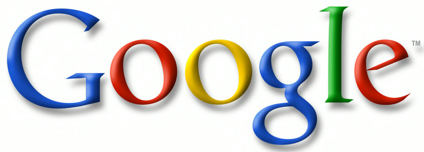
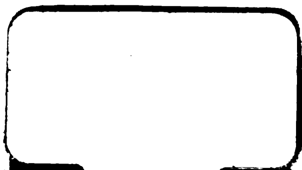



3 2044 103 193 330





Handelsgesetzbuch

mit Kommentar

herausgegeben

von

H. Makower.

Buch I—III

neu bearbeitet unter Zugrundelegung der Fassung des Handelsgesetzbuchs

vom 10. Mai 1897

und des bürgerlichen Gesetzbuchs

von

F. Makower,
Rechtsanwalt.

Zwölfte (der neuen Bearbeitung erste) Auflage.

Berlin SW 48.
Wilhelmstraße 119/120.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.
1898.

Abkürzungen.

A.D.H. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861 (mit späteren Änderungen bis 1896).

A.G. = Aktiengesellschaft.

A.K.G. = Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Behrend = Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin.

B.G. = Bürgerliches Gesetzbuch.

B.G.Bl. = Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes.

Bl.f.Rpfl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Herausgegeben von Perl und Wreschner. Berlin.

Bolze = A. Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig 1886 ff.

Busch = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch und anderen.

Centralorgan = Centralorgan für den Deutschen Handelsstand. Köln sodann Elberfeld.

C.P.O. = Civilprozeßordnung.

Denkschr. = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Reichstag. Drucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session. 1895/97. Zu Nr. 632.

Einf.-Ges. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche v. 10. Mai 1897.

Entw. I = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichs-Justizamt. Berlin. 1896.

Entw. II = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, vorgelegt dem Reichstag am 22. Januar 1897. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session. 1895/97. Nr. 632.

G. = Gesellschaft.

Ges. = Gesetz.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels u. Wechselrechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot.

G.S. = Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten. Berlin.

G.V.G. = Gerichtsverfassungsgesetz.

Hahn = Friedrich v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1877. Von der 4. Aufl. 1894 der erschienene Teil bis Art. 172.

H.G.B. = Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897.

J.M.Bl. = Justiz-Ministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. Berlin.

Johow = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, herausgegeben von Reinhold Johow und Oskar Küntzel, spätere Bände nur von ersterem.

J.W. = Juristische Wochenschrift. Berlin.

K.B. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des H.G.B., sowie den Entwurf eines Einf.-Ges. zu demselben. Reichstagsdrucksachen. 9. Legislatur-Periode. IV. Session 1895/97. Nr. 735.

Litthauer = F. Litthauer, Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 unter Ausschluß des Seerechts. Mit den ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Erläuterungen. Berlin 1898.

M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Zweiter Teil: Motive. Berlin. 1857.

M. = Motive zum Ges. v. 18. Juli 1884.

Ob.Trib. = Entscheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.

P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz.

Pr. Einf.-Ges. v. 1861 = Preußisches Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, v. 24. Juni 1861.

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.

R.G.Bl. = Reichsgesetzblatt.

R.G. in Strff. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.

R.O.H. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen, Stuttgart.

Steg. = Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig, herausgegeben von A. Stegemann. Berlin. 1871 ff.

Staub = Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von Hermann Staub. 5. Aufl. Berlin. 1897.

Staub, Suppl. = Supplement zu Staubs Kommentar zum A.D.H., herausgegeben von Hermann Staub. Berlin. 1897.

Sten.Ber. = Erste, zweite u. dritte Beratung des Entwurfs eines H.G.B. und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag. Verlagsbuchhandlung. 1897.

Str. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königl. Obertribunals. Berlin.

Thöl = Heinrich Thöl, das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875 ff.; Bd. III Erste Aufl. 1880.

Z.f.H. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Prof. Goldschmidt u. anderen.

Inhalt.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Entstehung des Handelsgesetzbuchs.

1. Bis zur Feststellung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.[1])

Bereits in den Jahren 1836 und 1846 brachte die württembergische Regierung bei Beratung der Zollvereinsstaaten eine möglichst gleichmäßige Gesetzgebung im Gebiete des Handelsrechts in Anregung.

Der erste Versuch, zu einem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch die Einleitung zu treffen, wurde von dem Reichsministerium der Justiz in Frankfurt gemacht, eine von demselben zur Fertigung eines Entwurfs berufene Kommission arbeitete über eine Anzahl von Materien des Handelsrechts Gesetzesvorschläge aus, welche im Jahre 1849 im Druck veröffentlicht wurden.[2])

Seitens der preußischen Regierung wurden im Jahre 1850 juristische Kommissarien mit der Vorbereitung eines Handelsrechts-Entwurfs besonders befaßt, und im Mai desselben Jahres die verschiedenen Gesichtspunkte und Prinzipien in Ministerialkonferenzen mit Sachverständigen, welche aus dem Handelsstande der verschiedenen Provinzen dazu entsendet waren, in spezielle Beratung genommen. Die Sache wurde sodann nach einer inmittelst durch die Bearbeitung der Konkursordnung veranlaßten Unterbrechung um so angelegentlicher verfolgt, als bei den Generalkonferenzen des Zollvereins von der württembergischen und mehreren anderen Staatsregierungen der Wunsch an den Tag gelegt worden war, daß die preußische Regierung mit dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsrechts zum Zweck einer Vereinbarung der Deutschen Staaten vorgehen möge.

Im Anfange des Jahres 1856 waren die Vorarbeiten bis zur Zusammenstellung eines vollständigen Entwurfs gediehen, so daß, als zu dieser Zeit die bairische Regierung in der Bundesversammlung die Herbeiführung eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten in Anregung brachte, in Aussicht gestellt werden konnte, daß nach Begutachtung des Entwurfs durch Rechtsgelehrte und sachverständige Kaufleute ein fester Haltepunkt gewonnen sei, um zu Einleitungen überzugehen, welche entsprechend dem bei der Beratung der Wechselordnung eingeschlagenen Verfahren zu treffen seien.

---

[1]) Dieser Abschnitt ist fast wörtlich entnommen aus der Begründung zum Preußischen Einführungsgesetz v. 1861. — Genaueres s. in v. Hahn, Kommentar, Einleitung.

[2]) Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland. Frankfurt a. M. J. D. Sauerländers Verlag, 1849.

Die Bundesversammlung beschloß am 17. April 1856 die Niedersetzung einer Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten und lud die Bundesregierungen ein, Rechtsgelehrte oder Sachverständige dahin abzuordnen, sie wählte am 18. Dezember desselben Jahres die Stadt Nürnberg zum Sitz der Konferenz, und es wurde zugleich insbesondere vereinbart, daß, dem Vorgange der Wechselrechtskonferenzen entsprechend die Beschlußfassung durch einfache Stimmenmehrheit stattfinden, und jeder einzelne durch einen Bevollmächtigten in der Versammlung vertretene Staat eine Stimme haben solle.

Inzwischen wurde der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Preußen vollendet und in den Ministerien, sowie in besonderen Konferenzen, welche in den Monaten Oktober bis Dezember 1856 stattfanden, einer eingehenden Beratung unterworfen. Hierbei waren sowohl eine Anzahl von Kaufleuten aus den verschiedenen Provinzen und sonstige Fachmänner des Handels- und Seerechts, als auch Richter und Rechtsanwälte aus verschiedenen Landesteilen der Monarchie thätig. Mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Beratung ist sodann der preußische Entwurf nochmals bearbeitet und festgestellt worden.[1])

Die Handelsrechtskonferenz in Nürnberg wurde am 15. Januar 1857 eröffnet. Bei ihr waren durch Bevollmächtigte vertreten die Staatsregierungen von Österreich, Preußen, Baiern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, Kurhessen, Großherzogtum Hessen, der sächsischen Herzogtümer, von Nassau, Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Anhalt-Dessau, Lübeck, Frankfurt, Bremen und Hamburg. Außer den Bevollmächtigten der einzelnen Staaten war eine erhebliche Zahl ausgezeichneter Männer des Kaufmannsstandes von den verschiedenen Regierungen, als Sachverständige zu den Konferenzen gesendet; durch die rege Teilnahme derselben wurde die Versammlung in lebendiger Anschauung des kaufmännischen Rechtsbewußtseins und der dem Handelsleben zusagenden Rechtsnormen erhalten. Die Konferenz beschloß, den preußischen Entwurf zur Grundlage der Beratungen zu nehmen, dabei auch dem von der österreichischen Regierung vorgelegten Entwurf volle Beachtung zuzuwenden.

Nach 98 Sitzungen wurde am 2. Juli 1857 die Beratung der ersten drei Bücher des preußischen Entwurfs (welche im wesentlichen den vier ersten Büchern des in Nürnberg zuletzt festgestellten Entwurfs und den drei ersten Büchern des Handelsgesetzbuchs von 1897 entsprechen) in erster Lesung beendigt, und eine zweimonatliche Vertagung der Konferenz beschlossen, damit eine von dem Fassungsausschuß gefertigte Redaktion der bisherigen Beschlüsse den Regierungen vorgelegt, und das Material zur zweiten Lesung gesammelt werden konnte.

Zu dieser zweiten Lesung trat die Konferenz am 15. September 1857 wieder zusammen; sie schloß dieselbe am 3. März 1858. Die Ergebnisse wurden sowohl den Regierungen vorgelegt, wie auch nebst den Protokollen über die Beratung

[1]) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Nebst Motiven. Berlin 1857. R. v. Deckers Verlag.

durch den Druck veröffentlicht. Es wurde vorbehalten, nach Beratung des Seerechts noch eine kurze dritte Lesung der vier ersten Bücher vorzunehmen.

Als Ort für die Verhandlungen über das Seerecht wurde Hamburg gewählt, und die Bevollmächtigten der Regierungen von Österreich, Preußen, Baiern, Hannover, der sächsischen Herzogtümer, von Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Oldenburg, Lübeck, Bremen und Hamburg traten dort am 26. April 1858 zusammen. Das Seerecht wurde ebenfalls auf der Grundlage des preußischen Entwurfs beraten; die erste Lesung war am 25. Oktober 1859 beendigt, und nachdem das Ergebnis der Verhandlungen den Regierungen mitgeteilt, und das Material zu einer nochmaligen Beratung gesammelt war, die zweite und letzte Lesung des Seerechts in der Zeit vom 9. Januar bis zum 22. August 1860 durchgeführt und an diesem Tage beendet.

Während der Dauer der Beratungen über das Seerecht wurde von einzelnen Regierungen, insbesondere von Württemberg und von Baiern, in dem dringenden Wunsche, das große Werk zustande zu bringen, eine sofortige unveränderte Annahme des aus der zweiten Lesung in Nürnberg hervorgegangenen Entwurfs der ersten vier Bücher in Anregung gebracht. Dabei war die Rücksicht auf baldige Befriedigung des lebhaft gefühlten Bedürfnisses und die Ansicht leitend, daß der Entwurf schon so, wie er damals vorlag, sich zur allgemeinen Annahme empfehle, — eine Ansicht, welche insbesondere auch der preußische Handelsstand nach den durch seine Organe an den Handelsminister erstatteten Gutachten teilte.

In Veranlassung jener Anregungen verständigte sich die preußische Regierung mit der österreichischen und bairischen dahin, die sämtlichen übrigen Regierungen einzuladen, daß sie die von ihnen gewünschten wesentlichen Abänderungen des Entwurfs zweiter Lesung unter Beschränkung der Erinnerungen auf das geringste Maß und unter Vermeidung von Wiederholungen an die Konferenz einsenden möchten, und daß die dritte Lesung der vier ersten Bücher auf die Erledigung dieser Erinnerungen beschränkt werde. Nachdem das Einverständnis der übrigen Regierungen nicht zweifelhaft war, wurde auf den Antrag des preußischen Bevollmächtigten am 24. Oktober 1859 auch von der Konferenz in diesem Sinne beschlossen.

Die Erinnerungen der Regierungen gingen bis zum August 1860, dem Zeitpunkt der Beendigung der Beratungen über das Seerecht, ein. Allein die Zusammenstellung derselben ergab, daß, während ein Teil der Regierungen, unter anderen insbesondere auch Österreich und Preußen, in Festhaltung des mit so vielen Schwierigkeiten verbundenen Ziels, ein gemeinsames Gesetzbuch zustande zu bringen, und in Würdigung des für die Gesamtheit daraus erwachsenden Vorteils sich den Mehrheitsbeschlüssen der Konferenz möglichst gefügt und gar keine oder doch nur sehr wenige Erinnerungen eingebracht hatten, von anderen Regierungen aus abweichenden Gesichtspunkten in einer für die Einigung nicht zuträglichen Weise eine sehr große Zahl von Erinnerungen aufgestellt war. Das in sehr langwierigen Verhandlungen nach zweimaliger Lesung durch Mehrheitsbeschlüsse der Bevollmächtigten unter

Mitwirkung der sachverständigen Kaufleute endlich gewonnene Ergebnis erschien durch die gegen die 394 Artikel erhobenen 500 Einwendungen wesentlich gefährdet.

Von der Absicht geleitet, den Wünschen der sämtlichen Regierungen und den Bedürfnissen und berechtigten Erwartungen des Handelsstandes entgegenzukommen, führten die Regierungen von Österreich, Preußen und Baiern, auf Anregung der preußischen Regierung, die Sache auf den von anderen Seiten verlassenen Standpunkt zurück. Es wurde von den erwähnten drei Regierungen durch übereinstimmende Noten vom 12., 18. und 23. Oktober 1860 den sämtlichen Bundesregierungen vorgeschlagen, an dem vorliegenden Entwurf zweiter Lesung möglichst festzuhalten, in eingreifende Veränderungen der Prinzipien und des organischen Zusammenhangs nicht einzugehen, Ansichten und Vorschläge, welche bereits in der Konferenz durchberaten worden, nicht zu nochmaligen Debatten und Abstimmungen wieder aufzunehmen, und Bemängelungen von Fassungen ohne praktische Bedeutung oder sonstige unerhebliche Dinge nicht zum Gegenstand von Verhandlungen des Plenums der Konferenz zu machen. Zu diesem Zweck fügten die genannten drei Regierungen ihren Noten ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen bei, welchen gegenüber an dem in zweiter Lesung beschlossenen Entwurf festgehalten, und welche daher von der dritten Lesung auszuscheiden wären, ferner ein Verzeichnis derjenigen Erinnerungen, welche durch einen Redaktionsausschuß zu erledigen wären.

Bei der dritten Lesung der vier ersten Bücher, welche hierauf am 19. November 1860 in Nürnberg eröffnet wurde, stellte der preußische Bevollmächtigte den Antrag, es möge der Abschluß des Werks in dem Sinne der erwähnten Noten erfolgen. Nach Einsprache von anderen Seiten wurde von dem Präsidenten durch Umfrage festgestellt, daß die Mehrheit der in der Versammlung vertretenen Regierungen dem vorgeschlagenen Verfahren beigetreten war, und daß außerdem noch eine weitere Zahl von augenblicklich in der Versammlung nicht vertretenen Regierungen zugestimmt hatte. Die dritte Lesung fand nunmehr in dem durch die Mehrheit angenommenen Verfahren statt, und auch die Dissentierenden nahmen, unter Wahrung aller Zuständigkeiten ihrer Regierungen, an den Beratungen und Abstimmungen regen Anteil.[1])

Am 12. März 1861 wurde die Konferenz in Nürnberg geschlossen und der Entwurf des Handelsgesetzbuchs der Bundesversammlung und den Bundesregierungen vorgelegt.[2])

2. Seit Verkündung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuchs wurde durch besondere einzelstaatliche Gesetze (in Preußen durch das Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861,

[1]) Ueber das bei der dritten Lesung eingeschlagene Verfahren vgl. P. 4493 ff. und Thöl: Zur Geschichte des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Göttingen, Verlag der Dietrich'schen Buchhandlung, 1861.

[2]) Die Protokolle (P.) sind im Auftrage der Kommission herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858 ff.

G. S. 449) im Laufe der Jahre 1861—1865 in allen einzelnen Staaten des damaligen Deutschen Bundes eingeführt mit Ausnahme von Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe und preußisches Jadegebiet.[1])

Durch Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 1867 (B.G.-Bl. 4) wurde festgesetzt: „Der Beaufsichtigung seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen „.... 13) die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren." Auf Grund dieser Bestimmung erging das Bundesgesetz v. 5. Juni 1869 (B.G.Bl. 379). Durch dasselbe wurde das Handelsgesetzbuch zum Bundesgesetz erklärt und (unbeschadet des Bundesgesetzes über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867, B.G.Bl. 35) als solches in das gesamte Bundesgebiet eingeführt (§. 1). Von den landesrechtlichen bei oder nach Einführung des Handelsgesetzbuchs erlassenen Vorschriften wurden — mit Ausnahme einiger ausdrücklich hervorgehobenen (§. 3—5[2]) nur diejenigen als Landesgesetze in Kraft belassen, welche nur eine Ergänzung, keine Abänderung des Handelsgesetzbuchs enthielten (§. 2). Die obenerwähnte Bestimmung des Art. 4 der Verfassung des Norddeutschen Bundes wurde übernommen in Art. 4 der Verfassung v. 15. November 1870 des durch Beitritt Südhessens und Badens begründeten Deutschen Bundes (B.G.Bl. 629) und in Art. 4 der Reichsverfassung v. 16. April 1871 (B.G.Bl. 66); durch Gesetz vom 20. Dezbr. 1873 (R.G.Bl. 379) wurde die Fassung des Art. 4 Ziff. 13 Reichsverfassung dahin geändert, daß der Beaufsichtigung des Reiches und der Gesetzgebung desselben unterstellt wurde: „... 13) die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren." Das Gesetz v. 5. Juni 1869 wurde als Bundesgesetz eingeführt in Südhessen und Baden durch die Verfassung des Deutschen Bundes v. 15. November 1870 Art. 80 zu I, 15, in Württemberg durch Vertrag v. 25. November 1870 Art. 1 (B.G.Bl. 1870 S. 654), und die Einführung in Baiern wurde durch Vertrag v. 23. November 1870 Art. II §. 26 zu I, 14, Art. III §. 8 (B.G.Bl. 1871 S. 17, 21) in Aussicht gestellt. Die vorerwähnten Vereinbarungen mit den süddeutschen Staaten wurden bestätigt im Ges. betr. die Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871 §. 2 (B.G.Bl. 63). Die Einführung des Gesetzes v. 5. Juni 1869 in Baiern erfolgte durch Reichsges. v. 22. April 1871 (B.G.Bl. 87).

In Elsaß-Lothringen wurde das Handelsgesetzbuch eingeführt durch Reichsges.

---

[1]) Die meisten Einführungsgesetze sind abgedruckt bei v. Lutz, Protokolle. Die Einführung erfolgte in Holstein und Schleswig durch Verordnung v. 5. Juli 1867 (Preuß. G.S. 1113), in Lauenburg durch Ges. v. 21. Okt. 1868 (Offizielles Wochenblatt für Lauenburg 1868 S. 473), in Schaumburg-Lippe und im Preußischen Jadegebiet durch das Landesgesetz v. 5. Juni 1869 (B.G.Bl. 379). Vgl. auch Preuß. Ges. v. 9. März 1870 (G.S. 248) betr. die Einführungsbestimmungen zum A.D.H. für das Jadegebiet und die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften in dasselbe.

[2]) Die in §. 4 jenes Gesetzes genannten Vorschriften (mit einer Ausnahme) sind auch jetzt aufrechterhalten durch Art. 19 Einf.-Ges. z. H.G.B. Vgl. auch Art. 21.

v. 19. Juni 1872 §. 1 (Gesetzbl. für Elsaß-Lothringen S. 213); in Helgoland das Handelsgesetzbuch und das Ges. v. 5. Juni 1869 durch kaiserl. Verordnung v. 22. März 1891 Art. I zu X, 1 (R.G.Bl. 22).

Erheblichere Änderungen des Handelsgesetzbuchs durch die Bundes- und Reichsgesetzgebung erfolgten auf dem Gebiete des Aktienrechts durch die Gesetze v. 11. Juni 1870 (B.G.Bl. 375) und 18. Juli 1884 (R.G.Bl. 123), auf dem Gebiete des Seerechts durch das Ges. betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge v. 25. Oktober 1867 (B.G.Bl. 35) und die Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872 (R.G.Bl. 409)[1])

An ergänzenden Gesetzen sind namentlich hervorzuheben das Genossenschaftsgesetz v. $\frac{\text{4. Juli 1868}}{\text{1. Mai 1889}}\left(\frac{\text{B.G.Bl. 415}}{\text{R.G.Bl. 55}}\right)$[2]), das Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (R.G.Bl. 207), die Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (R.G.Bl. 73), das Gesetz betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister v. 30. März 1888 (R.G.Bl. 129)[3]), das Gesetz betr. Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. April 1892 (R.G.Bl. 477)[4]), die Gesetze betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt und der Flößerei v. 15. Juni 1895 (R.G.Bl. 301, 341)[5]); das Börsengesetz v. 22. Juni 1896 (R.G.Bl. 157)[6]) und das Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 (R.G.Bl. 183).

Infolge der Neuordnung des Bürgerlichen Rechts in Deutschland durch das Bürgerliche Gesetzbuch v. 18. August 1896 (R.G.Bl. 195) wurde eine Umarbeitung des Handelsgesetzbuchs erforderlich. Das Reichsjustizamt veröffentlichte 1896 einen „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift.“[7]) (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf I“ bezeichnet.) Unter Berücksichtigung der erfolgten Besprechungen dieses Entwurfs und der gemachten Änderungsvorschläge wurde dann ein zweiter Entwurf im Reichsjustizamt aufgestellt und im Bundesrat beraten und demnächst mit der entsprechend geänderten Denkschrift von der Reichsregierung dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegt. (Dieser Entwurf ist nachstehend als „Entwurf II“ bezeichnet, und auf diese Fassung der Denkschrift beziehen sich die Verweisungen auf letztere).[8]) Der Entwurf wurde vom

---

[1]) Geändert durch Art. 8 Ziff. 3 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[2]) Geändert durch Art. 10 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[3]) Aufgehoben durch Art. 8 Ziff. 1 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[4]) Geändert durch Art. 11 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[5]) Ersteres geändert durch Art. 12 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[6]) Geändert durch Art. 14 Einf.-Ges. z. H.G.B.

[7]) Erschienen bei J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1896.

[8]) Drucksachen des Reichstags, 9. Legislatur-Periode, IV. Session 1895/97 Nr. 632 und zu Nr. 632. (Erschienen auch bei J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung 1897. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlagen.)

Reichstag[1]) nach erfolgter Kommissionsberatung[2]) mit nicht sehr erheblichen Änderungen angenommen und demnächst als Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 verkündet.[3]) Art. 1 des gleichzeitig verkündeten Einführungsgesetzes bestimmt:

„Das Handelsgesetzbuch tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs tritt mit Ausnahme des §. 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.

Der siebente Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs kann durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats vor dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden."

---

[1]) Die Beratungen des Reichstages fallen in die Zeit vom 8. Februar bis 7. April 1897. Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes im Reichstage. Stenographische Berichte. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung 1897.

[2]) Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sowie den Entwurf eines Einführungsgesetzes zu demselben. Drucksachen des Reichstags, 9. Legislatur-Periode. IV. Session 1895—97 Nr. 735 mit Zusammenstellung der Vorlage mit den Beschlüssen des Entwurfs.

[3]) Die Nummer des Reichsgesetzblatts ist am 21. Mai 1897 in Berlin ausgegeben.



Erstes Buch.

Handelsstand.

Erster Abschnitt.

Kaufleute.

§. 1.

Kaufmann. Grundhandelsgeschäfte.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

A.D.H. Art. 4, 271, 272 Abs. 1. **Entw. I** §. 1. **Entw. II** §. 1.

§. 1.

I. **Handelsgewerbe, der grundlegende Begriff für das Anwendungsgebiet des H.G.B.** Im bisherigen A.D.H. war der grundlegende Begriff derjenige der Handelsgeschäfte (Art. 271 ff.). Jetzt wird der Begriff des Handelsgewerbes zu Grunde gelegt, und dieser Begriff in den §§. 1—3 bestimmt. Auf den Begriff des Handelsgewerbes nimmt Bezug die Begriffsbestimmung des Kaufmanns (§. 1 Abs. 1) und auf den Begriff des Kaufmanns die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte (§. 343).

II. **Kaufmannsbegriff.**

A. **Erweiterung gegenüber dem bisherigen A.D.H.** Eine Erweiterung ist namentlich erfolgt erstens durch Aufnahme der neuen Bestimmung in §. 2, wonach ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, als Handelsgewerbe jedenfalls gilt, wenn die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist, und zweitens durch Auslassung der Bestimmung des früheren Art. 275, wonach Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte waren. Danach können jetzt Kaufleute sein (und sind es, wenn die Voraussetzungen des §. 2 vorliegen) Unternehmer, welche nur selbstgewonnene Rohstoffe verarbeiten oder unbearbeitet, z. B. im Betrieb von Bergbau, Brüchen, Salinen u. s. w., veräußern (in letzterem Fall soweit nicht §. 3 eingreift), die Besitzer kaufmännischer Auskunftsbureaux, größerer Leihbibliotheken, die Bauunternehmer und Händler mit unbeweglichen Sachen (Denkschr. 5—7).

B. **Begrenzung des jetzigen Begriffs des Kaufmanns.** Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgewerbe ist der Betrieb von Grundhandelsgeschäften (§. 1 Abs. 2, Ausnahme §. 3) oder von im Handelsregister eingetragenen, gewerblichen Unternehmungen mit kaufmännischem Betriebe (§. 2). Wer weder Grundhandelsgeschäfte betreibt, noch in das Handelsregister eingetragen worden ist, kann danach unter keinen Umständen Kaufmann sein (Denkschr. 8). Minderkaufleute (§. 4) sind Kaufleute; nur daß bestimmte Vorschriften des Handelsgesetzbuchs auf sie nicht Anwendung finden. Ob eine öffentlich rechtliche Pflicht zum Gewerbebetriebe besteht, ist unerheblich; daher sind z. B. auch die Apotheker Kaufleute (Centralorgan für den deutschen Handelsstand 1862 S. 143, Johow III, 10, R.G. Urt. 26. 3. 95 J.W. 228, R.G. in Strfs. XXIV, 426; dagegen Centralorgan 1862 S. 269). Ebensowenig schließen öffentlich-rechtliche Verbote oder Beschränkungen des Gewerbebetriebes die Kaufmannseigenschaft des jenen Verboten Zuwiderhandelnden aus (§. 7). Den Kaufleuten gleichgestellt sind die Handelsgesellschaften (§. 6).

C. Nach dem **Verhältnis der Kaufmannseigenschaft zum Eintragungszwange** kann man unterscheiden (Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 27) **Muß**kaufleute (§. 1 Abs. 2, wer Grundhandelsgeschäfte betreibt; sie sind Kaufleute, auch wenn sie nicht eingetragen sind), **Soll**kaufleute (§. 2, wer ein nicht aus Grundhandelsgeschäften bestehendes gewerbliches Unternehmen betreibt, das einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert; sie sind verpflichtet sich eintragen zu lassen, sind aber Kaufleute nur wenn eingetragen), **Kann**kaufleute (§. 3 Abs. 2, wer als Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes Grundhandelsgeschäfte oder einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordernde Geschäfte betreibt; sie sind berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen, und sind Kaufleute nur wenn eingetragen). Nur eingetragene Kaufleute sind zum Amt eines Handelsrichters ernennbar (§. 113 G.V.G.). Die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes v. 16. Mai 1894 finden nach §. 8 desselben keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist.

D. **„Im Sinne dieses Gesetzbuchs"** ist der Begriff des Kaufmanns bestimmt. Die in diesem Gesetzbuch ihm zugewiesenen Rechte und Pflichten besitzt er unabhängig von seinem Beitritt zu einer etwa vorhandenen kaufmännischen Körperschaft (K.B.H. 5). Andererseits ist der hier gegebene Begriff nicht immer anwendbar auf die Erwähnung von Kaufleuten in anderen, namentlich älteren Rechtsnormen.

E. **Betreiben** des Gewerbes ist ein Betreiben in eigenem Namen, es ist im rechtlichen Sinne, nicht im thatsächlichen Sinne einer persönlichen Thätigkeit des Geschäftsinhabers zu verstehen. Kaufleute sind daher nicht alle Angestellten in einem Handelsgewerbe

als solche, auch nicht Vorsteher und Geschäftsführer von Gesellschaften, ebensowenig Kommanditisten, stille Gesellschafter (P. 888), Mitglieder von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit. Andererseits sind Kaufleute die Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen (B.G. §§. 104 ff.), sowie Vereine, Körperschaften, Gesellschaften u. s. w., in deren Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird. Kaufleute sind daher auch Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche ein Handelsgewerbe betreiben, so unter Umständen (vgl. Anm. III, A b) der Staat (P. 540, 1260), z. B. als Beförderer von Gütern u. Personen im Eisenbahn- und Postbetriebe (R.O.H. III, 405, XII, 314, XV, 35, XVII, 127, XXIII, 11, R.G. XX, 122), als Unternehmer von Banken, Schiffahrtsbetrieben, Fabriken (Denkschr. 42), eine Gemeinde als Unternehmerin von Pferdeeisenbahnen, Gasanstalten u. s. w. (Denkschr. 42, Johow XII, 18.). Jetzt anerkannt in §. 36, 42 H.G.B. Nach ausdrücklicher, neu aufgenommener Bestimmung (§. 452) gelten jedoch die Postverwaltungen des Reichs und der deutschen Bundesstaaten nicht als Kaufleute im Sinn des H.G.B.

Kaufleute sind auch die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, auch wenn sie außer durch die offene Handelsgesellschaft kein Handelsgewerbe betreiben; ebenso die Kommanditisten einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (dagegen P. 1259); denn in beiden Fällen hat die betreibende Gesellschaft keine von den Inhabern verschiedene juristische Persönlichkeit, die Gesellschafter selbst sind daher die Betreibenden. Vgl. Anm. II F. — Wer zuläßt, daß in seinem Namen ein anderer ein Handelsgewerbe betreibt, der betreibt dies Handelsgewerbe und haftet dem Dritten, auch wenn er im inneren Verhältnisse zu dem anderen gar nicht an dem Gewerbe beteiligt ist. Die Haftung entspringt nicht aus dem Gesichtspunkt der Arglist, was nur eine Interesseforderung zur Folge hätte, sondern aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Vertrage und der Einwilligung des Vertretenen, sich vertreten zu lassen (R.G. XIX, 197). — Kaufmann ist aber nicht derjenige, der nur seinen Namen für den Betrieb hergiebt, ohne daß das Gewerbe in irgend einem Sinne auch für seine Rechnung betrieben wird (R.G. XXXVII, 61; Dritten gegenüber greift bei eingetragenen Firmen auch hier §. 15 ein). Umgekehrt ist Kaufmann, wer das Geschäft als sein eigenes und zu seinem eigenen Vorteile betreibt, wenn auch zum Schein das Geschäft unter anderem Namen betrieben wird und unter anderem Namen in das Handelsregister eingetragen ist (R.G. in Strfs. XXV, 121).

Für **Minderjährige, welche selbständig ein Gewerbe betreiben** bestimmt B.G. §. 112:

„Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden."

Betreibt ein Minderjähriger ohne solche Ermächtigung thatsächlich selbständig ein Erwerbsgeschäft, so wird er hierdurch nicht Kaufmann (B.G. §. 107, 111, R.G in Strfs. XXVI, 94). Anders bei Ehefrauen, da dieselben selbständig sich verpflichten können (B.G. §. 1399. Unten Anm. H).

F. „**Wer** betreibt" ist einschränkend auszulegen als „**insoweit** er betreibt". (R.O.H. XI, 343. Denkschr. 13: „erlangt für das Nebengewerbe die Eigenschaft eines Kaufmanns." Wichtig namentlich auch in Anwendung auf den Staat und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften). Vom streng logischen Standpunkt aus könnte man allerdings sagen: Eine Person kann Kaufmann sein vermöge bestimmter Handlungen und außerdem etwas anderes vermöge bestimmter anderer Handlungen; man kann die Handlungen

in bestimmte Gebiete trennen und jedes Gebiet bestimmten Regeln unterwerfen, die Person läßt sich nicht teilen; die Trennung der Handlungen in bestimmte Gebiete ist in §§. 343 ff. erfolgt; der Versuch, den Begriff des Kaufmanns dahin zu beschränken, daß jemand Kaufmann nur insoweit sei, als er ein Handelsgewerbe betreibe, beruht auf einem Hineintragen jener Unterscheidung bezüglich der Handlungen in den Begriff des Kaufmanns. — Dieser streng logische Standpunkt entspricht indessen nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, in welchem es als ungehörig empfunden wird, wenn bezüglich einer Person, welche gleichzeitig mehrere Berufe hat, die Bezeichnung eines dieser Berufe, und zumal eines Nebenberufes, angewendet wird auch bei Angelegenheiten, welche mit diesem Berufe nichts zu thun haben, wenn z. B. ein Landwirt, welcher ein kaufmännisches Nebengewerbe hat, auch in seinen landwirtschaftlichen Geschäften als Kaufmann, oder wenn ein Kaufmann, welcher zugleich Reserveoffizier ist, auch in nicht militärischen Angelegenheiten als Reserveoffizier bezeichnet würde. Das Handelsgesetzbuch hat sich diesem gewöhnlichen Sprachgebrauch angeschlossen (vgl. den früheren Art. 5 Abs. 2: „in den Grenzen ihres Handelsbetriebes"); wo es allgemein von Pflichten „des Kaufmanns" spricht, sind in der Regel nur die Pflichten für den Kreis seines kaufmännischen Betriebes gemeint. Zutreffend für den Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs ist daher auch die Behauptung (dagegen frühere Auflagen), der offene Handelsgesellschafter, welcher nur durch die Handelsgesellschaft ein Gewerbe betreibt, sei „Kaufmann aber nicht Einzelkaufmann" (Thöl §. 38. Vgl. Hahn 4. Aufl., Art. 4 §. 5. R.O.H. XIV, 210, XVI, 380). — Der offene Handelsgesellschafter, der nicht noch außerdem ein Handelsgewerbe betreibt, ist daher nur in Bezug auf seine Teilhaberschaft an der Handelsgesellschaft zur Buchführung verpflichtet (R.G. in Strss. XXXI, 348).

G. **Aufhören der Kaufmannseigenschaft.** Das Betreiben des Handelsgewerbes, und mithin die Eigenschaft des Inhabers als Kaufmann, hört auf durch vollständige Einstellung der hierauf gerichteten Thätigkeit, also z.B. durch Konkurseröffnung (R.G. XIII, 152; betreibt der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung ein Handelsgewerbe, so wird er sogleich wieder Kaufmann; vgl. §. 39 Anm. II b). Nicht schon durch Liquidation (R.O.H. XXIII, 144 [vgl. aber R.O.H. XIII, 225]; dagegen Staub). Die gewerbliche Thätigkeit besteht dauernd sowohl im Unternehmen neuer, wie im Liquidieren früherer Abschlüsse; auch das Liquidieren soll Gewinn bringen. Eine Liquidation ist ebenso „dauernde Gewinnquelle" (Merkmal des Gewerbebetriebes) wie andere von vornherein zeitlich beschränkte Betriebe, z. B. ein nur für die Zeit einer Ausstellung gegründetes Unternehmen. Auch wäre die Ansicht Staubs in der Praxis nicht durchführbar für den Fall des Einzelkaufmanns, wo der bestimmte Einschnitt des Eintretens der Liquidation fehlt.

H. **Kauffrauen.** Auch eine Kauffrau ist „Kaufmann" im Sinne des H.G.B. Die besonderen Bestimmungen der Art. 6—9 A.D.H. über Handelsfrauen sind nicht aufgenommen. Für das öffentliche Recht bestimmt Gewerbeordnung §. 11: „Das Geschlecht begründet in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Betriebe eines Gewerbes keinen Unterschied." Für die privatrechtlichen Beziehungen gelten nunmehr die allgemeinen Vorschriften des B.G. Der Mann ist befugt, seiner Ehefrau den Betrieb eines Handelsgewerbes zu untersagen, es sei denn, daß er durch eine solche Anordnung sein Recht mißbraucht (B.G. §. 1354, Denkschr. 20, K.B. 11). Betreibt eine verheiratete Frau thatsächlich ein Handelsgewerbe und ist ein Einspruch des Ehemannes hiergegen nicht in das Güterrechtsregister eingetragen, so gilt die Einwilligung des Ehemanns jedem gutgläubigen Dritten gegenüber als erteilt (B.G. §§. 1405, 1435, 1452, 1519, 1549). Erfolgt der Betrieb nicht in dem Bezirk des für den Wohnsitz des Ehemanns zuständigen Registergerichts, so ist auch die Eintragung in dem Güterrechtsregister des für den Ort der

Handelsniederlassung (bei mehreren: der Hauptniederlassung) zuständigen Gerichts erforderlich (Einf.-Ges. Art. 4). Hat die Ehefrau — abgesehen von Rechtshandlungen bei Gütertrennung oder mit Bezug auf Vorbehaltsgut — ohne Zustimmung des Ehemanns gehandelt, so haftet zwar die Frau persönlich aus ihren Geschäften (und die Gläubiger sind daher berechtigt, auf dasjenige Vermögen der Frau, welches der Verwaltung des Ehemanns nicht untersteht, zurückzugreifen, K.B. 11); in Ansehung des zum Ehegut gehörigen Vermögens verpflichten aber Rechtsgeschäfte, durch die sie sich allgemeinhin zu einer Leistung verbindlich macht, sie und den Mann, wenn letzterer nicht zustimmt, nur zur Herausgabe einer etwaigen Bereicherung des Eheguts; Verfügungen der Frau unmittelbar über das Ehegut ohne Zustimmung des Mannes sind sowohl für den Mann wie für sie selbst unverbindlich, und die Gläubiger erlangen hieraus keine Rechte am Ehegut (Denkschr. 20. B.G. §§. 1395—1399, 1405, 1412, 1442, 1443, 1452, 1459—62, 1530—33, 1549). Auch die Ehefrau, welche ohne Genehmigung des Ehemanns ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann, da sie selbständig verpflichtungsfähig ist (B.G. §. 1399. Ebenso Staub, Suppl. Anm. 1 zu Art. 8. Anders bei Minderjährigen; oben Anm. E.). — Über den Gewerbebetrieb im Inlande durch eine Ehefrau, für deren güterrechtliche Verhältnisse ausländische Gesetze maßgebend sind, s. §. 11a Gewerbeordnung (Einf.-Ges. z. B.G. Art. 36). — Vgl. auch Entwurf eines Ges. betr. Änderungen der C.P.O. Art. I, Ziff. 177, 184 (Drucksachen d. Reichstags 9. Legislaturperiode, V. Session 1897/98), wonach in die C.P.O. aufgenommen werden sollen:

§. 670g: „Betreibt die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesammtgut ein gegen die Ehefrau ergangenes Urtheil genügend, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch des Ehemanns gegen den Betrieb des Erwerbsgeschäfts oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb im Güterrechtsregister eingetragen war."

§. 690c: „Findet nach §. 670g die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau oder in das Gesammtgut statt, so kann der Ehemann nach Maßgabe des §. 690 Widerspruch erheben, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urtheil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesammtguts ihm gegenüber unwirksam ist."

III. **Handelsgewerbe.**

A. **Gewerbebetrieb** liegt nur vor, wenn folgende Kennzeichen vorhanden sind:

a. Die Absicht muß auf ein **fortgesetztes** Betreiben gerichtet sein (R.O.H. XIV, 118, „dauernde Einnahmequelle, regelmäßig, nicht bloß gelegentlich"). Es muß beabsichtigt sein, daß aus der Thätigkeit selbst Einnahmen gezogen werden; es genügt nicht ein sonstiges irgendwie geartetes Interesse an der Thätigkeit (R.G. XXXVIII, 22). Hahn, 4. Aufl. Art. 4 §. 10 will das obige Merkmal allein entscheiden lassen; die auf ein fortgesetztes Betreiben gerichtete Absicht ergebe sich aus der Errichtung von hierzu erforderlichen Anstalten, wie Läden, Niederlagen, Anstellung von Hilfspersonen oder aus Erklärungen, wie Annahme einer Firma, Versendung von Rundschreiben, Anmeldung zum Handelsregister. Ob fortgesetztes Betreiben beabsichtigt war, ist That-, nicht Rechtsfrage (R.O.H. IX, 436, XVII, 158). Unter Umständen kann schon aus einem nachgewiesenen Geschäft hierauf geschlossen werden. Andererseits genügt nicht das Vorliegen mehrerer gleichartiger Geschäfte, bei deren jedem die Absicht auf Gewinnerzielung gerichtet war. Der Wille muß vielmehr von vornherein auf das Betreiben der ganzen Reihe von Geschäften gerichtet sein (R.G. XXXVIII, 20).

b. Die Absicht muß auf **Erzielung eines Gewinns**, nicht nur auf Deckung der Selbstkosten oder auf Ersparnisse (R.G. XXXVII, 297), gerichtet sein. R.O.H.

III, 407 läßt dahingestellt, ob die auf Erlangung eines unmittelbaren Vermögensgewinns gerichtete Absicht ein wesentliches Kriterium der Gewerbemäßigkeit, ob nicht vielmehr die Absicht, die betreffenden Geschäfte gegen Engelt auszuführen, ausreichend ist. Wem der Gewinn zufließen soll, ob dem Gewerbetreibenden oder einem Dritten, ist unerheblich. Ebenso, wozu der gehoffte Gewinn bestimmt ist, ob zur Verschaffung des Lebensunterhaltes oder zur Erhöhung der Einnahmen und zur Vergrößerung des Vermögens, oder zur Verwendung für gemeinnützige oder öffentliche Zwecke, auch ob neben der Erzielung eines Gewinnes zugleich Wohlfahrts- oder andere öffentliche Zwecke erstrebt werden sollen (Johow XIII, 18). Ebenso, ob eine öffentlich-rechtliche Pflicht zu dem betreffenden Gewerbebetrieb besteht (z. B. bei Apothekern M. 6, P. 513, Johow III, 10, R.G. in Strff. XXIV, 426). Vgl. Denkschr. 11 (zu §. 2): eine auf Erwerb gerichtete Absicht sei wesentlich; §. 2 finde daher nicht Anwendung auf nicht dem Zwecke des Erwerbes dienende Anstalten, wie Sparkassen, landschaftliche Kreditinstitute und dergleichen. Prot. 1260 erachten als nicht des Gewinnes halber betrieben Arbeiten in Strafhäusern, Ausübung eines Staatsmonopols in Tabak. Bezüglich des letzteren Beispiels ist dem nicht beizutreten. Kein Gewerbebetrieb ist die Herstellung guten Kriegsmaterials in eigenen Anstalten des Staates zur eigenen Verwendung, oder der Betrieb einer lediglich militärischen Zwecken dienenden Eisenbahn (R.G. XXXVII, 297), überhaupt die Herstellung von Erzeugnissen, welche lediglich dem eigenen Gebrauche des Erzeugenden dienen sollen, und bei denen ein Umsatz, sei es des zunächst und unmittelbar hergestellten, sei es eines unter dessen Verwendung hergestellten weiteren Erzeugnisses nicht geplant ist (R.G. XXXVII, 298).

c. Nach der herrschenden Meinung (R.O.H. XXII, 303, R.G. 9. 11. 93 J.W. 94 S. 19; dagegen Staub) muß der auf fortgesetzten Betrieb gerichtete Wille **nach außen gegenüber dem Publikum kundgegeben** sein; ein Gewerbebetrieb liegt hiernach nicht vor z. B. wenn jemand, der einen anderen Hauptberuf hat, in der üblichen Weise Spekulationsgeschäfte in Papieren durch Bankiers macht. (Bolze Bd. 18 Nr. 253 entscheidet nicht diese Frage; in dem dort behandelten Falle wurde der Wille des Gewerbetreibens offen kundgegeben, nur wurde nach außen verheimlicht, daß Handelsgeschäfte betrieben wurden; letzteres wurde für unerheblich für den Begriff der Handelsgeschäfte erklärt).

d. **Beginn** des Gewerbebetriebes. Der Betrieb eines Gewerbes beginnt bei Warenumsatzgeschäften nicht bereits mit den ersten Bestellungen und Ankäufen zwecks Weiterveräußerung (so R.G. in Strff. XXVII, 227), sondern erst dann, wenn das Erbieten der Weiterveräußerung hinzugekommen ist, in der Regel daher allerdings bereits vor dem ersten Verkauf.

B. Der Gewerbebetrieb muß die bezeichneten Arten von Geschäften **zum Gegenstande** haben. Um einen Gewerbebetrieb als Handelsgewerbe gemäß §. 1 erscheinen zu lassen, genügt es daher nicht, daß die Grundhandelsgeschäfte nur vereinzelt oder ausnahmsweise oder nur als nebensächliche Vorbereitungs- oder Ergänzungsgeschäfte für die eigentliche Gewerbethätigkeit abgeschlossen werden. (Sehr weit in der Verneinung eines Handelsbetriebes geht R.G. in Strff. XXI, 209, dessen Ausführungen indessen wegen Änderung der Fassung des §. 4 nicht unmittelbar anwendbar sind. Sehr weit auch geht R.G. in Strff. XXIV, 81, wenn es für keinen Kaufmann erklärt einen Schneider, welcher Rohstoffe nicht in größerem Maßstabe ankauft, als das Bedürfnis seiner Handwerkskunden es erfordert.) Andererseits wird nicht verlangt werden können, daß ausschließlich oder wenigstens zum überwiegenden Teil (als Hauptberuf) Grundhandelsgeschäfte bei dem Gewerbebetriebe abgeschlossen werden (R.G. in Strff. VIII, 148). Es wird genügen müssen, daß Grundhandelsgeschäfte unter anderen Geschäften einen

regelmäßigen Teil des Gewerbebetriebes bilden mit allen Merkmalen des letzteren, namentlich also auch mit der auf Erzielung eines Gewinns durch die Grundhandelsgeschäfte gerichteten Absicht. Häufig ist namentlich die Verbindung von Werkverträgen und Grundhandelsgeschäften in einem einheitlichen Gewerbebetriebe, z. B. im Handwerksbetriebe wenn der Handwerker regelmäßig bei einem Teil der erhaltenen Aufträge den Stoff zur Herstellung des Werkes für eigene Rechnung beschafft, bei anderen Aufträgen nur fremden Stoff verarbeitet. In dergleichen Fällen wird in der Regel der ganze Gewerbebetrieb in Übereinstimmung mit der bisherigen (auf anderer Fassung des Gesetzes aufgebauten) Rechtsprechung, wenn auch im Gegensatz zum gewöhnlichen Sprachgebrauch, als Handelsgewerbe angesehen werden müssen. Aus der bisherigen Rechtsprechung vgl. z. B. R.O.H. VII, 240 (vgl. jedoch R.G. in Strss. XXI, 209, XXIV, 80): Schneider, welcher auch Rohstoffe für eigene Rechnung anschafft, im Gegensatz zum Lohnschneider; R.O.H. XIX, 251: Maurermeister; R.G. XX, 127: Tischlermeister nicht nur wenn die Anschaffungen erheblich sind; ROH. IV, 240: Bäcker; Johow IX, 14: Fleischer; R.G. in Strss. VIII, 148: Uhrmacher; R.O.H. II, 443: Gerber; R.O.H. XI, 241: Müller; R.O.H. XII, 97: Brauer; Str. Bd. 66, S. 286: Wirte, welche ihren Gästen Speisen und Getränke verabfolgen, auch wenn kein Verkauf über die Straße stattfindet; vgl. K.B. 3: Friseure, Buchbinder, Konditoren, Schuhmacher, Installateure. Der Gewerbebetrieb der Maler fällt nie unter §. 1 Ziff. 1, jedoch unter Umständen unter §. 1 Ziff. 2 (R.G. in Strss. XXVIII, 60). — In den hier erwähnten Fällen handelt es sich um die Abgrenzung des Handwerksbetriebes vom kaufmännischen Warenumsatz; der §. 1 Ziff. 2 scheidet (nach der in Anm. III C Ziff. 2d vertretenen Ansicht allerdings nur in den regelmäßigen Fällen) den Handwerksbetrieb vom Fabrikbetrieb (R.G. in Strss. I, 381).

C. **Die Grundhandelsgeschäfte.** Grundhandelsgeschäfte sind diejenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ohne Rücksicht darauf darstellt, ob der Betreibende im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Die Aufzählung im §. 1 Abs. 2 (vgl. Art. 2, 212 Preuß. Entwurf v. 1857) entspricht im wesentlichen der bisherigen Zusammenstellung in Art. 271 (absolute Handelsgeschäfte) und Art. 272 (relative Handelsgeschäfte) unter Beseitigung des Unterschiedes zwischen absoluten und relativen Handelsgeschäften. Neu hinzugefügt sind die Geschäfte der Schleppschifffahrtsunternehmer und der Lagerhausunternehmer.

Ziffer 1. **Anschaffung und Weiterveräußerung,** entstanden aus der Zusammenziehung des bisherigen Art. 271 Ziff. 1 (Kauf oder anderweite Anschaffung von Waren oder Wertpapieren, um dieselben weiter zu veräußern, und Art. 271 Ziff. 2 Übernahme einer Lieferung von Gegenständen, welche der Übernehmer zu diesem Zweck anschafft.

a. **Anschaffung** ist jeder abgeleitete entgeltliche Erwerb zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden (Verein. Civils. R.G. XXXI, 18). Nicht unter diesen Begriff fallen daher der Erwerb von Todeswegen, die Arten des ursprünglichen Eigentumserwerbes (Aneignung, Fruchtziehung, Gewinnung von Rohstoffen u. s. w.), unentgeltlicher Erwerb, ein Erwerb bloßer Gebrauchsrechte (R.G. a. a. O). Daß die Gewinnung von Rohstoffen (z. B. Ziegelerde, gebrochene Steine, Bernstein, Erzeugnisse des Bergbaus) keine Anschaffung sei, ist durch die Rechtsprechung erst allmählich festgestellt worden. (Näheres in den früheren Auflagen dieses Kommentars Anm. 3b zu Art. 271, R.G. VI, 8). Nach R.G. XXI, 36 liegt eine Anschaffung in einem uneigentlichen Lombardgeschäft (bei welchem der Empfänger befugt ist, an Stelle der empfangenen Gegenstände andere gleicher Art zurückzugewähren), dagegen nicht in einem eigentlichen Lombardgeschäft selbst wenn dem Darlehnsgeber beim Ausbleiben der Befriedigung das Recht der Veräußerung zusteht. Nach

Rundeclaß des preuß. Finanzmin. v. 26. 9. 85 stehen dem uneigentlichen Lombardgeschäft uneigentliche Leih-, Miet- und Depotgeschäfte hierin gleich. Der Vertrag über Lieferung von Wertpapieren und die Eigentumsübertragungs- handlung bilden zusammen ein Anschaffungsgeschäft (R.G. XXXVIII, 31). Nach R.G. in Strff. XI, 148 liegt eine Anschaffung auch in der Annahme von Wechseln oder an anderen Sachen an Zahlungsstatt (trotzdem hier die angenommenen Sachen Preis, nicht Ware sind), nicht aber in der Annahme von Wechseln zur Einziehung.

b. **Weiterveräußerung** wird vermöge der Zusammenstellung mit Anschaffung in entsprechender Weise auszulegen sein als jede entgeltliche Übertragung von Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Auf einen Vertrag, bei welchem die Herstellung eines Werks übernommen wird, der Unternehmer aber den Rohstoff zu beschaffen hat, finden nach §. 651 B.G. die Vorschriften über den Kauf Anwendung, es sei denn, daß der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet hat. Soweit hiernach Kauf vorliegt, reicht auch der obige Begriff der Weiterveräußerung. Nur zur Beschaffung von Zuthaten verpflichtet sich z. B. der Maler; bei Lieferung von Malerarbeiten liegt daher keine Weiterveräußerung der Farben, sondern Werkvertrag vor (R.G. in Strff. XXVIII, 60).

c. Anschaffung **und** Weiterveräußerung müssen Gegenstand des Gewerbebetriebes sein, nicht eines ohne das andere; es muß ein Umsatz stattfinden. Nicht hierher gehören daher Gewerbebetriebe in denen Anschaffungen erfolgen zum Zweck eigener Benutzung des Angeschafften, z. B. bei künstlerischen Vorführungen (R.O.H. XXII, 117: Theaterdirektoren), oder zum Zweck der Überlassung des Gebrauchs, nicht des Eigentums, an andere, z. B. bei Anschaffungen von Gastwirten zu Zwecken der Beherbergung (R.O.H. XXII, 329), von Büchern oder anderen Gegenständen zum Verleihen (R.O.H. XXIII, 400). Ebensowenig Gewerbebetriebe in welchen Veräußerungen erfolgen sollen ohne Anschaffung, z. B. bei Erzeugung von Rohstoffen. Unerheblich dagegen ist, in welcher Reihenfolge die Anschaffung und Weiterveräußerung in der Regel erfolgt, ob erstere der letzteren zeitlich vorhergeht oder nachfolgt. (Ein bei der Beratung des bisherigen Handelsgesetzbuchs gestellter Antrag, in Art. 271 Ziff. 2 desselben eine bestimmte Reihenfolge durch Aufnahme der Worte „anschaffen will" statt „anschaffen" festzustellen, wurde abgelehnt. P. 1289. A. M. bezüglich der bisherigen Fassung Hahn zu Art. 271 Ziff. 2, Staub §. 12 zu Art. 271. Vgl. H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. Berlin 1896 S. 5.) Das Wort „Weiterveräußerung" statt „Veräußerung" ist nicht gewählt, um zu betonen, daß die Veräußerung zeitlich der Anschaffung folgen muß, sondern deutet (im Anschluß an die Fassung des bisherigen Art. 271 Ziff. 1) nur an, daß der Anschaffende die Durchgangsperson ist. Vgl. §. 93: „Anschaffung oder Veräußerung".

d. **Bewegliche Sachen (Waren).** Waren sind alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, und hierzu müssen an sich alle Arten beweglicher Sachen gerechnet werden (Denkschr. 10, R.G. in Strff. XIII, 440), also z. B. auch Edelmetalle, Geldsorten, Schiffe (Denkschr. 75). Das B.G. §. 90 versteht unter Sachen nur körperliche Gegenstände. Diese beschränkte Bedeutung wird auch hier zu Grunde zu legen sein. Der Inhalt eines Buches ist keine bewegliche Sache, weder bearbeitetes oder verarbeitetes Papier, noch verarbeitetes Manuskript (R.G. V, 67); dasselbe gilt vom geistigen Eigentum bei Kunstwerken, Patenten u. s. w. Die Sachen brauchen nicht schon zur Zeit des Vertragsabschlusses beweglich zu sein, wenn künftige Mobilien Gegenstand des Vertrages sind (M. 103), d. h. wenn sie nur spätestens bei

dem Durchgang durch das Eigentum des Anschaffenden beweglich werden (vgl. jetzt §. 93, 94, 954 B.G.); so z. B. bei Anschaffung und Weiterveräußerung von Früchten auf dem Halme (Str. Bd. 83 S. 350), von Holz auf dem Stamme (Steg. II, 224; R.G. Urt. 15. 2. 94 J.W. 144), bei dem Kauf eines Gebäudes behufs Abbruchs und Veräußerung der durch den Abbruch beweglich gewordenen Bestandteile (Handels-App.-Ger. Nürnberg Urt. 14. 4. 64 in Z.f.H. Bd. 8 S. 633, auch abgedruckt bei Busch Bd. 4 S. 369). Die angeschaffte Sache muß jedenfalls bei dem Ausscheiden aus dem Eigentum des Anschaffenden noch beweglich, sie darf nicht schon vorher Teil oder Zubehör einer unbeweglichen Sache geworden sein (R.O.H. XIII, 344). Entsprechend den oben angeführten Entscheidungen für den Fall der Anschaffung wird man annehmen müssen, daß eine Weiterveräußerung beweglicher Sachen auch dann noch vorliegt, wenn nicht früher als zur Zeit des Eigentumsüberganges vom Weiterveräußerer auf den neuen Erwerber die Beweglichkeit aufhört (dagegen App.-Ger. Dresden Urt. 6. 5. 62 in Busch, Archiv I, 96). Hiernach würde die Weiterveräußerung einer unbeweglichen Sache vorliegen, z. B. wenn ein Bauunternehmer auf eigenem Grund ein Gebäude errichtet und dann beides veräußert, dagegen die Weiterveräußerung einer beweglichen Sache, wenn ein Bauunternehmer oder Bauhandwerker bewegliche Gegenstände zur Verbauung in fremde Häuser liefert (durch die Einfügung werden sie unbeweglich, B.G. § 94. Abs. 2). Führt in letzterem Falle der Liefernde selber die Verbindung mit dem unbeweglichen Gegenstand aus, so ist zu unterscheiden, ob die Arbeit die Hauptsache und das Liefern Nebensache (dann liegt Werkvertrag vor, so z. B. bei Malerarbeiten an einem fremden Gebäude, R.G. in Strfs. XXVIII, 60), oder ob das Liefern Hauptsache und die Verbindungsarbeit Nebensache ist (dann liegt Veräußerung einer beweglichen Sache vor. Der §. 568 Abs. 3 Entw. I B.G. erklärte für einen Werkvertrag [im Gegensatz zum Kauf] „wenn aus dem von dem Übernehmer zu beschaffenden Stoffe ein Bauwerk auf dem vom Besteller zu beschaffenden Grund und Boden herzustellen ist.“ Dies wurde gestrichen, allerdings nur weil es selbstverständlich sei für den Fall, wenn das Bauwerk auf einem dem Besteller gehörigen Grund und Boden behufs dauernder Verbindung mit letzterem errichtet werden soll). Das Legen eines Parketts ist Weiterveräußerung einer beweglichen Sache, weil das Legen Nebenleistung ist (R.G. Urteil v. 26. Novbr. 1888 Bolze Bd. 7 Nr. 365; dagegen Staub). Das gleiche muß in der Regel von allen Lieferungen der Baulieferanten gelten (z. B. Maurermeister R.O.H. XIX, 251. Vgl. auch die Erwähnung der Installateure als Handel Treibender in K.B. 3. Dagegen Staub u. R.G. in Strfs. XXVIII, 60, 364, wonach die Bauunternehmer und Baulieferanten zwar bewegliche Sachen anschaffen, aber unbewegliche weiterveräußern, also nicht das Grundhandelsgeschäft des §. 1 Ziff. 1 betreiben, sondern höchstens gemäß §. 2 Kaufleute sein können). Der Vertrag über Ausführung eines Baues auf fremdem Grunde braucht aber, selbst wenn der Unternehmer die Materialien liefert, darum noch nicht unter §. 1 Ziff. 1 zu fallen. Wenn er als einheitlicher abgeschlossen ist, so ist er Werkvertrag; wenn dagegen die Lieferung der Materialien zur besonderen Berechnung und Bezahlung übernommen, so ist dies Weiterveräußerung einer beweglichen Sache, selbst wenn im Einzelfall der Weiterveräußerer außerdem einen Werkvertrag geschlossen hat (R.O.H. XIII, 345). Entsprechend liegt ein Werkvertrag vor bei Herrichtung eines Wegekörpers zu einer Straße durch Nivellierung, Pflasterung, Legung von Röhrenleitungen u. s. w. (R.O.H. XV, 258), bei Herstellung eines Eisenbahnbaues im ganzen als Gegensatz zur Übernahme

der Lieferung der hierzu erforderlichen Materialien, wie Schwellen, Schienen, Weichen u. s. w., so daß sie etwa im einzelnen als geliefert berechnet würden (R.G. XIV, 233). Eine besondere Berechnung und Bezahlung der Zuthaten kann allerdings ausnahmsweise auch beim Werkvertrage vorkommen; dieser Umstand allein ist daher nicht entscheidend.

e. **Wertpapiere.** Gemeint sind Papiere, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit, als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen; auch Wechsel, Checks und ähnliche Papiere gehören hierzu (Denkschr. 10). Im Art. 271 Ziff. 1 waren auch „Staatspapiere, Aktien" genannt; beides soll von dem Begriff „Wertpapiere" mitumfaßt werden (Denkschr. 10. Daß Aktien Wertpapiere sind, R.G. XXXVI, 159). Unter Wertpapieren werden daher die Inhaber-, Order- und solche Namenpapiere zu verstehen sein, welche durch Indossament übertragbar sind, nicht aber in der Regel Papiere, welche nur durch Abtretung, sei es auch in blanco, übertragen werden können (RG. XVI, 85). Für Wertpapiere erachtet jedoch RG. XXXVI, 39 selbst diejenigen (nicht durch Indossament, sondern nur durch eine die Person des Erwerbers bezeichnende, gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung übertragbaren, §. 222 Abs. 4) Namenaktien, deren Übertragung an die Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung gebunden ist.

f. Ob **Bearbeitung oder Verarbeitung** stattfindet, ist unerheblich. Handelsgewerbe ist mithin namentlich auch der Gewerbebetrieb der Fabrikanten und Apotheker (M. 6, P. 513, Johow III, 10. Vgl. Anm. III, A b). Eine Bearbeitung liegt nicht nur dann vor, wenn an der Substanz des Gegenstandes eine innere oder äußere Veränderung vorgenommen wird, sondern schon dann, wenn durch Arbeit die Herstellung eines bestimmten veränderten Zustands des Gegenstandes beabsichtigt wird, wodurch der Gegenstand insbesondere zu einem gewissen Gebrauch geeignet, mehr geeignet oder minder geeignet gemacht wird; unter den Begriff der Bearbeitung (aber nicht unter §. 1 Ziff. 1, sondern Ziff. 2) fällt daher z. B. auch der Betrieb einer Dampfwaschanstalt und einer Anstalt zur Kleiderreinigung (R.G. in Strfs. XXII, 272).

Ziffer 2. **Mehr als handwerksmäßige Bearbeitung und Verarbeitung**; entspricht dem bisherigen Art. 272 Ziff. 1.

a. **Bearbeitung oder Verarbeitung** s. Ziff. 1 zu f.

b. **Waren** s. Ziff. 1 zu d.

c. **Für andere.** Es ist der Fall des reinen Werkvertrages, bei welchem die zu bearbeitenden Sachen nicht von dem Unternehmer für eigene Rechnung angeschafft, sondern ihm zum Zwecke der Bearbeitung oder Verarbeitung von anderen übergeben werden, bei welchen also dieselben Sachen zurückgegeben werden und — wenn auch im großen — um Lohn gearbeitet wird. P. 530. Dahin gehören die Geschäfte der Färbereien (R.O.H. I, 132), Bleichen, Appreturanstalten, Kattundruckereien, Spinnereien, Eisenhämmer u. dgl. m. — Liefert der Unternehmer für eigene Rechnung die zu bearbeitenden Sachen, so liegt der Fall der Ziff. 1 vor; s. Ziff. 1 zu b.

d. **Über den Umfang des Handwerks hinausgehender Betrieb.** Ob dies der Fall, ist Thatfrage. Das Kammergericht (Johow IX, 16) erachtet für die Entscheidung der Frage, ob das Gewerbe einer Person über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, den jährlichen Umsatz und die Größe des Geschäftspersonals nicht für allein entscheidend, sondern will noch eine Reihe anderer Momente in Betracht gezogen haben. Ebensowenig entscheidet allein die Benennung des Geschäfts als Manufaktur- oder Fabrikgeschäft, die

Höhe der Gewerbesteuer, die Art der Buchführung (M. 7). In Betracht kommt die Art und Weise der Herstellung der Erzeugnisse, die Einrichtung der Betriebsstätte, Größe und Beschaffenheit der hierzu gehörenden Räumlichkeiten, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Thätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteilenden Verfahrens (R.G. in Strff. XXIV, 357, XXV, 5). Aber selbst wenn die Art des Betriebes nur eine handwerksmäßige ist (der Betrieb mithin unter §. 4 fällt; vgl. §. 4 Anm. III), so ist §. 1 Ziff. 2 anwendbar wenn nur der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger ist, wenn also z. B. ein Verkauf im großen stattfindet, der Absatz sehr bedeutend ist, der Handwerker in größerem Umfange Wechselkredit in Anspruch nimmt oder gewährt. (Dagegen R.G. in Strff. I, 381, XXIV, 357; vgl. auch a. a. O. XXIV, 80. Nach Johow IX, 16 kommt es nicht sowohl auf die Ertragsfähigkeit des Umsatzes, als vielmehr auf die Größe und Art der Betriebsanlage an). Der §. 1 Ziff. 2 verlangt nur, daß der Betrieb über den „Umfang des Handwerks" hinausgeht; ist diese Voraussetzung gegeben, so erscheint daher nicht notwendig — obgleich in der Regel gleichfalls zutreffend — daß auch die Betriebsart eine mehr als handwerksmäßige d. h. eine fabrikmäßige ist. Die bisherigen gegenteiligen Entscheidungen des Reichsgerichts waren wohl durch das Bestreben beeinflußt, dem bisherigen Art. 10 A.D.H. (in welchem dieselbe Redewendung gebraucht war) bei Begrenzung des von ihm getroffenen Personenkreises eine Deutung zu geben, welche nunmehr im §. 4 H.G.B. bezüglich der Handwerker ausdrücklich angenommen ist. — Auch die Brennerei kann handwerksmäßig betrieben werden (R.G. in Strff. XXV, 5).

Ziffer 3. Prämienversicherung. Nur die Versicherung gegen Prämie, nicht auch die Versicherung auf Gegenseitigkeit (M. 7, 104, P. 5057: weil es bei der letzteren an der auf Gewinnerzielung gerichteten Absicht fehle. P. 5064). Übernommen aus dem bisherigen Art. 271 Ziff. 3. Nach Denkschr. 10 ist eine Ausdehnung auf Gegenseitigkeitsversicherungen zur Zeit nicht angängig, weil es an bestimmten Merkmalen zur Abgrenzung gegenüber anderen hier notwendig ausscheidenden Anstalten (Hilfskassen, Feuersocietäten, Brandkassen u. s. w.) fehle; die Einreihung der Gegenseitigkeitsgesellschaften unter die Kaufleute müsse daher der gesetzlichen Regelung des Versicherungsrechts vorbehalten bleiben. Auf Gegenseitigkeit beruhende Versicherungsgesellschaften sind daher keine Handelsgesellschaften (Str. Bd. 58, S. 327). Falls Gegenseitigkeitsgesellschaften Einzahlungen unter dem Namen „Prämie" fordern, so sind dies nicht Prämien im Sinne des H.G.B., sondern Vorschüsse zur Bestreitung der Ausgaben vorbehaltlich demnächstiger Berechnung des Gewinn- oder Verlustanteils (R.O.H. IV, 201, R.G. XIV, 238). Richtet eine Versicherungsgesellschaft ihren Gewerbebetrieb nicht nur auf Gegenseitigkeitsversicherung ihrer Mitglieder, sondern außerdem auf Versicherung von Nichtmitgliedern gegen Prämie, so fällt der letztere Teil ihrer Thätigkeit unter §. 1 Ziff. 3 H.G.B. (R.G. XXVIII, 314). Ziff. 3 setzt nicht voraus, daß bewegliche Sachen versichert sind; es gehört daher hierher jede Art der Versicherung, z. B. Hagelversicherung (P. 1290), Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr (R.O.H. V, 12).

Ziffer 4. Bankier- und Geldwechslergeschäfte. Übernommen aus dem bisherigen Art. 272 Ziff. 2. Das R.O.H. XXIV, 36 führt aus: Man unterscheide bei dem Bankiergewerbe zwischen Passivgeschäften, d. h. solchen, die bestimmt sind, fremde Gelder herbeizuziehen, und Aktivgeschäften, d. h. solchen, die bestimmt sind, diese Gelder nutzbar zu machen. Es könne dahingestellt bleiben, ob nur ein Gewerbe,

welches sich auf beide Arten von Geschäften erstreckt, als Bankiergewerbe zu erachten sei, oder ob der Betrieb mancher Geschäfte, deren Zweck unmittelbar dahin gerichtet ist, dem Handelsbetriebe Geld und Kredit zu verschaffen, genügt, um auch denjenigen als Bankier erscheinen zu lassen, der ausschließlich mit eigenem Kapital wirtschafte. Ein Bankiergeschäft sei das Lombardgeschäft, d. h. das Leihen auf Kreditpapiere, Edelmetall, Waren, nicht dagegen das gewöhnliche Pfandleihgeschäft, d. h. das Leihen auf Möbel, Kleidungsstücke und ähnliches. Die Geschäfte derjenigen, welche statt des Eigentümers die Baugelderraten von den Baubanken in Empfang nehmen und an die Bauhandwerker verteilen, sind Bankiergeschäfte, wenn die Thätigkeit gewerbsmäßig geschieht, und die Absicht auf Gewinn durch diese Thätigkeit (nicht nur durch damit zusammenhängende Grundstücksspekulationen) geht (R.G. XXXVIII, 20).

Ziffer 5. **Beförderungsgewerbe.** Die Ziff. 5 ist entstanden aus der Zusammenfassung des bisherigen Art. 271 Ziff. 4 (unter Auslassung des Darleihens gegen Verbodmung, weil dies Geschäft als Gegenstand eines selbständigen Gewerbebetriebes nicht vorkommt. Denkschr. 10. Es ist beibehalten in §. 93 H.G.B. als Gegenstand der Vermittelung des Handelsmaklers) und eines Teiles des Art. 272 Ziff. 3 unter neuer Hinzufügung der Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer. — Beförderung von Gütern zur See vgl. §§. 556 ff. — Beförderung von Reisenden zur See vgl. §§. 664 ff. — Frachtführer ist der gewerbsmäßige Beförderer von Gütern zu Lande oder auf Binnengewässern (§. 425). — Nur Anstalten (nicht auch kleinere Unternehmungen) zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern gehören hierher (vgl. auch §§. 458, 472, 473). Es wurde zwar eingewendet, die Abgrenzung der Einrichtungen für die Beförderung von Personen durch das Wort „Anstalten" sei viel zu unbestimmt, indes war man der Meinung, das gedachte Wort weise nicht nur auf einen größeren Umfang des Betriebes, sondern auch auf eine mehr kaufmännische Betriebsart, hin und biete somit dem verständigen richterlichen Ermessen einen genügenden Anhaltspunkt (P. 1294.). Es werden daher nicht hierher gehören die Geschäfte der einfachen Lohnkutscher, wohl aber die Omnibus-, Droschken-, Straßenbahn-, Dampfschiffunternehmungen u. dgl. — Schleppschiffahrtsunternehmer. In der Kommission war der Antrag gestellt, nur die Geschäfte der „größeren" Schleppschiffahrtsunternehmer für Grundhandelsgeschäfte zu erklären; es kämen z. B. im Hafenverkehr auch kleine Petroleumbarkassen, kleine Schleppbote u. s. w. vor, die sich nicht als kaufmännische Betriebe darstellten. Die Kommission war indessen der Ansicht, daß derartigen Kleinbetrieben durch §. 4 Abs. 1 hinreichend Rechnung getragen sei (K.B. 5). Der Schleppvertrag ist verschieden vom Frachtvertrag, weil der Schleppschiffer lediglich die Fortbewegung des Schiffes übernimmt, dagegen das Gut nicht übergeben erhält, daher weder es zu bewahren noch nach vollendeter Beförderung abzuliefern hat; ob der Schleppvertrag Dienstvertrag oder Werkvertrag ist, hängt von dem näheren Inhalt der Vereinbarung ab (R.O.H. XXIII, 320; in einem Einzelfall nahm R.G. X, 167 das Vorliegen eines Werkvertrages an). Bleibt das fortzubewegende Gut nicht im Gewahrsam des Frachtführers, sondern geht es in den Gewahrsam des Schleppschiffführers über, wie z. B. bei Fortschleppung von Hölzern ohne Begleitung der letzteren durch Leute des Holzspediteurs, so ist der Schleppschiffer Frachtführer (R.G. VI, 100).

Ziffer 6. **Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter.** Die Ziffer 6 ist entstanden aus dem in §. 1 Ziff. 5 nicht aufgenommenen Teil des Art. 272 Ziff. 3 unter neuer Hinzufügung der Geschäfte der Lagerhalter. — Kommissionäre vgl. §§. 383 ff. Im bisherigen A.D.H. war im Text eine ausdrückliche Verweisung auf den über

kaufmännische Kommissionäre (im Gegensatz zu Agenten, welche früher gleichfalls häufig Kommissionäre genannt wurden, P. 1294) handelnden Art. 360 hinzugefügt, um anzudeuten, daß nur jene gemeint seien; jetzt sind auch die Geschäfte der Handlungsagenten in Ziff 7 aufgenommen. Die beschränkte Bedeutung des Wortes „Kommissionär" sollte aber durch die Auslassung der Verweisung nicht geändert werden; andere als die in Ziff. 7 genannten Vermittlergewerbe sind daher nicht Handelsgewerbe gemäß §. 1 H.G.B., selbst wenn der Vermittler sich als „Kommissionär" bezeichnet. — Spediteure vgl. §§. 407 ff. — Lagerhalter vgl. §§. 416 ff.

Ziffer 7. Handlungsagenten, Handelsmakler. Handlungsagenten vgl. §§. 84 ff. Handelsmakler vgl. §§. 93 ff. — Das bisherige A.D.H. erklärte in Art. 272 Ziff. 4 für Handelsgeschäfte, wenn gewerbsmäßig betrieben, „die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch hierin nicht einbegriffen." Die im bisherigen A.D.H. getroffene Einrichtung der amtlich bestellten „Handelsmäkler" ist jetzt in Fortfall gekommen (vgl. §. 93 Anm. I). Im neuen H.G.B. sind unter „Handelsmäkler" nur Privatmakler verstanden. In der Denkschrift S. 11 ist ausgeführt: „Andere Arten der gewerbsmäßigen Geschäftsvermittelung als diejenige der Agenten und Mäkler rechnet der Entwurf nicht zum Handelsgewerbe im Sinne des §. 1 Abs. 2. Wollte man entsprechend der bisherigen Bestimmung jede gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften dahin zählen, so würde dies mit Rücksicht auf den dem §. 334 des Entwurfs (§. 343 H.G.B.) zu Grunde liegenden Begriff der Handelsgeschäfte zu dem Ergebnisse führen, daß die Vermittelung von Geschäften, die zum Gewerbebetrieb eines Kaufmanns gehören, auch für den Vermittler die Eigenschaft als Kaufmann begründe. Dies ist aber in socher Allgemeinheit keine genügende Grundlage für die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft. Es ist z. B. nicht abzusehen, weshalb die gewerbsmäßige Vermittelung von Mietsverträgen, wenn sie sich auf die Miete von Läden oder sonstigen Geschäftsräumen erstreckt, als Handelsgewerbe gelten sollte, während die Vermittelung der Miete von Wohnungen diese Wirkung nicht hätte, oder weshalb ein Auktionator Kaufmann sein sollte, wenn die von ihm zur Versteigerung gebrachten Waren im Eigentume von Kaufleuten stehen oder von solchen erstanden werden, wogegen er im anderen Falle kein Kaufmann wäre. Neben der ergänzenden Vorschrift des §. 2 wird es auch an jedem Bedürfnisse fehlen, die Thätigkeit anderer Geschäftsvermittler als der Handlungsagenten und Handelsmäkler unter die Grundhandelsgeschäfte aufzunehmen."

Ziffer 8. Geschäfte des Buch- und Kunsthandels; insbesondere Verlagsgeschäfte. Entnommen aus dem bisherigen Art. 272 Ziff. 5. Darunter fallen alle Geschäfte des Verlags- und Sortimentsbuchhandels, des Verlags von Zeitungen, Journalen, Zeichnungen, Musikalien und Kunstwerken aller Art (P. 1296), dagegen nicht die Geschäfte der Leihbibliotheken (R.O.H. Bd. 23 S. 400). Auch das Verlegen der eigenen Werke kann unter Umständen als Gewerbebetrieb geschehen (R.G. V, 69). Die wesentliche Thätigkeit des Verlegers besteht in der Vornahme der erforderlichen Arbeiten für Herstellung des Buchs und im Ausbieten zum Verkauf; gleichgiltig ist, ob er das zu bedruckende Papier anschafft oder selbst herstellt, ob er den Druck selbst vornimmt oder durch andere vornehmen läßt, und ob er „Verlagsverträge" über das Recht auf den Inhalt des Buchs (Urheberrecht) abschließt oder den Inhalt ohne solche Verträge entnimmt; alle letzterwähnten Geschäfte, wenn im Einzelfall abgeschlossen, gehören aber zu den Verlagsgeschäften (R.G. V, 68). — Dem Kommissionsverlagsvertrag ist wesentlich,

daß das Geschäft auf den Namen, nicht dagegen auf Rechnung, des (höchstens durch Provision beteiligten) Verlegers geht (R.O.H. XVI, 251).

Ziffer 9. Druckereien; entnommen aus dem bisherigen Art. 272 Ziff. 5. — Über den Umfang des Handwerks hinausgehender Betrieb s. oben Ziff. 2 zu d.

§. 2.

Handelsgewerbe durch Art und Umfang.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 2. **Entw. II** §. 2

§. 2.

I. **Eintragungspflicht.** Die Gewerbetreibenden, deren Betrieb den im §. 2 bezeichneten Voraussetzungen entspricht, sind nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister zu verlangen und sind hierzu durch Ordnungsstrafen anzuhalten (Denkschr. 11); sie sind Sollkaufleute, Kaufleute nur, wenn thatsächlich die Eintragung erfolgt ist. Andererseits darf die Eintragung nur stattfinden, wenn — abgesehen von den Fällen des §. 1 — die Voraussetzungen des §. 2 gegeben sind (Denkschr. 12). Ob die Voraussetzungen des §. 2 für die Eintragung vorliegen, hat nur Interesse im Verhältnis des Gewerbetreibenden zum Registerrichter; das Publikum hat (soweit nicht §. 1 in Betracht kommt) für die Frage, ob jemand Kaufmann ist, sich lediglich an die Thatsache zu halten, ob die Eintragung bereits erfolgt ist oder nicht.

II. **Gewerbliches Unternehmen.** Der Begriff muß als identisch angesehen werden mit dem Begriff „Gewerbebetrieb" in §. 1. Vgl. hierüber §. 1 Anm. III A. Nur deutet das Wort „Unternehmen" auf einen etwas größeren Umfang (ähnlich wie das „Anstalt" in §. 1 Ziff. 5), fügt jedoch hierdurch nichts Neues hinzu, da auch in dem ausdrücklichen Zusatz „das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert" auf einen größeren Umfang hingewiesen ist. — Nach Denkschr. 11 umfaßt nach allgemeinem Sprachgebrauch der Ausdruck „gewerbliches Unternehmen" nicht die Ausübung der Kunst, der Rechtsanwaltschaft, des ärztlichen Berufes u. s. w. In der Regel wird jedoch wohl in allen diesen Fällen ein „Gewerbebetrieb" vorliegen (vgl. z. B. §§. 6, 29 Gew.-Odg.); nur wird er unter den gewöhnlichen Verhältnissen nicht nach seiner Art einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Dennoch aber z. B. bei einem Arzt, welcher regelmäßig Heilmittel versendet oder in seiner Anstalt in größerem Umfange Speisen verabreicht (soweit er in beiden Fällen nicht bereits unter §. 1 Abs. 2 Ziff. 1 fällt).

III. **In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb.** Die Einrichtung verschiedener kaufmännischer Geschäftszweige ist sehr verschieden; als das Wesentliche und daher Gemeinsame der kaufmännischen Geschäftsbetriebe wird man die kaufmännische Buchführung (vgl. §§. 38 ff.) anzusehen haben. — Das Unternehmen muß einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern, d. h. die genügende Übersichtlichkeit des Vermögensstandes und geordnete Erledigung der einzelnen Geschäfte muß sich in anderer Weise nicht erzielen lassen.

IV. **Art und Umfang.** Nicht kaufmännischer Art ist in der Regel die Ausübung der Kunst, der Rechtsanwaltschaft, der Heilkunde (vgl. oben Anm. II), ebenso anderer Berufe, bei

denen der Umsatz von Gedanken oder körperlichen Fertigkeiten im Gegensatz zu einem Umsatz von Waren oder Wertpapieren vorwiegt. Eine scharfe Grenze läßt sich nicht ziehen, denn auch in der Art, wie der Kaufmann seine Ware beschafft, oder wie er sie bearbeitet und verarbeitet, steckt ein großer Teil von Gedankenarbeit. — Unter dem „einen kaufmännischen Betrieb erfordernden" Umfang ist wohl dasselbe zu verstehen wie unter dem „über den Betrieb des Handwerks hinausgehenden Umfang" in §. 1 Ziff. 2 und 9 und dem „über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend" in §. 4, denn sobald der Umfang über diese Grenzen wächst, wird man ein kaufmännisches Betreiben des Geschäfts als erforderlich ansehen müssen. (Vgl. auch Denkschr. 12 zu §. 2: es erscheine nicht ratsam, „die Gesellschaftsformen des Handelsrechts jedermann, also auch den Kleingewerbetreibenden zugänglich zu machen." Denkschr. 18: „... wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des §. 2 vorliegen".)

V. **Unternehmer.** Für die Anwendung des §. 2, und namentlich auch für das Vorliegen des Eintragungszwanges, ist es unerheblich, ob der Unternehmer eine Einzelperson oder eine Vereinigung mehrerer Personen ist. (Der §. 6 ist nicht unmittelbar anwendbar, weil der zur Eintragung gemäß §. 2 Verpflichtete aber noch nicht Eingetragene nicht Kaufmann ist.) Im Falle des Betriebes durch eine Vereinigung mehrerer sind sämtliche Teilhaber zur Bewirkung der Eintragung verpflichtet; mit der Eintragung wird dann die Vereinigung eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft je nach den über die Haftung getroffenen Bestimmungen. — Über Bergwerksgesellschaften vgl. den Vorbehalt in Einf.-Ges. Art. 5.

VI. **Eintragung und Löschung.** Über die Wirkungen der Eintragung und über Recht und Pflicht zur Löschung vgl. zu § 5.

§. 3.

Land- und Forstwirtschaft. Nebengewerbe.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirthschaft finden die Vorschriften der §§. 1, 2 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der §. 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im §. 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß §. 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

A.D.H. — **Entw. I** §. 3. **Entw. II** §. 3.

§ 3.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Das bisherige A.D.H. erreichte den Ausschluß der Geschäfte der Land- und Forstwirtschaft vom Gebiete des Handelsrechts dadurch, daß nach ihm der Verkauf selbstgewonnener Waren und der Handel mit Grundstücken nicht Handelsgeschäft war. Beides ist durch den jetzigen §. 2 H.G.B. geändert. Infolgedessen war nunmehr die ausdrückliche Vorschrift des §. 3 Abs. 1 erforderlich. Nach bisherigem Recht begründete aber der Abschluß von Grundhandelsgeschäften die Kaufmannseigenschaft,

selbst wenn der Abschluß im Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft erfolgte. Dies ist geändert. Sind Grundhandelsgeschäfte Bestandteil des Hauptbetriebes der Land- oder Forstwirtschaft, so wird der Betrieb hierdurch niemals zum Handelsgewerbe (§. 3 Abs. 1); sind die Grundhandelsgeschäfte ein Nebengewerbe der Land- oder Forstwirtschaft, so wird das Nebengewerbe zum Handelsgewerbe, wenn der Gewerbetreibende von seinem Eintragungsrecht Gebrauch macht, andernfalls nicht; nehmen endlich die Grundhandelsgeschäfte einen solchen Umfang an, daß sie als Hauptgewerbe sich darstellen, so finden auf sie §§. 1, 2 H.G.B. Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Land- oder Forstwirtschaft betrieben wird (K.B. 8).

II. **Nebengewerbe.**

a) **Entstehung der jetzigen Fassung.** Der §. 3 Abs. 2 des Entw. II lautete im Eingang: „Ist mit dem Betriebe der Land- und Forstwirtschaft ein Nebengewerbe verbunden, so findet . . .“ Nach dem K.B. 8 stellte sich ein Einverständnis der Kommission darüber fest: „Es kämen in erster Reihe solche Betriebe in Frage, welche zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft ausschließlich oder der Hauptsache nach dienen, oder solche Betriebe, in denen im Nebengewerbe ausschließlich oder in der Hauptsache auf dem Eigentum des Gewerbeunternehmers erzeugte oder vorhandene Bestandteile zur Gewinnung oder Verarbeitung gelangen.“ In der ersten Lesung der Kommission wurde der Antrag angenommen, als Abs. 3 aufzunehmen: „Als Nebengewerbe ist nur ein solches Unternehmen anzusehen, welches ausschließlich oder der Hauptsache nach zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der mit dem Nebengewerbe verbundenen Land- und Forstwirtschaft dient.“ Bei der zweiten Lesung der Kommission einigte man sich auf den Vorschlag der Redaktionskommission, welcher mit der jetzigen Fassung des Gesetzes übereinstimmt.

b) Das Unternehmen muß ein Nebengewerbe **des** (d. h. des betreffenden einzelnen) land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellen. Der in der ersten Lesung angenommene Antrag bestimmte den Begriff des Nebengewerbes so, daß nur der zweite Teil dessen, worüber die Kommission nach dem K.B. angeblich als von jenem Begriff umfaßt einverstanden war, dadurch gedeckt wird. In der That wird man als Nebengewerbe nicht einen Betrieb ansehen können, welcher zur Verarbeitung von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft überhaupt, gleichgiltig wer sie erzeugt hat, dient (auch wenn der Gewerbetreibende zugleich Landwirt ist), sondern nur einen solchen, bei welchem die verarbeiteten Waren im wesentlichen von dem Gewerbetreibenden selbst in seinem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen sind. „Nebengewerbe“ ist nicht gemeint im Sinne des räumlich gleichberechtigten Nebeneinanderbestehens, sondern im Sinne einer infolge Unselbständigkeit erforderlichen seitlichen Anlehnung. Es gehören mithin hierher nur solche Gewerbe, bei welchen entweder die im Hauptgewerbe gewonnenen Waren einer ferneren, sie wertvoller machenden Be- oder Verarbeitung unterzogen werden, oder solche, welche dazu dienen sollen, die im Hauptgewerbe gewonnenen Abfälle nutzbar zu machen, solche also, bei welchen der eigene land- und forstwirtschaftliche Betrieb den einzigen oder hauptsächlichen Stützpunkt für das Nebengewerbe bildet (R.G. I, 267), nicht aber solche, bei denen der Gewerbetreibende erst den Hauptteil der zu verarbeitenden Waren, auch wenn sie land- oder forstwirtschaftlich erzeugt sind, von anderen Personen erwerben muß. Der Vertreter der Regierung erwähnte (K.B. 7), daß als derartige Nebengewerbe namentlich vorkämen Kunstgärtnereien (nach Denkschr. 15 hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob eine Handelsgärtnerei nach §. 1—3 ein Handelsgewerbe ist oder nicht), Torfbereitung, Schieferbrüche, Sand-

Kies- und Kalkgewinnung, Thongräbereien und Thonröhrenfabrikation, Holzkohlen- und Holzteergewinnung, Harz- nnd Pechgewinnung, Talgsiederei, Seifensiederei, Ölmüllerei, Lohmühlen, Holzzurichtung und -Konservierung, Mühlenbetrieb, Butter- und Käsebereitung, Brauerei einfacher Biere, Obstwein- und Essigfabrikation, Branntweinbrennerei, Viehmästung u. s. w.; Zuckerfabriken würden selten als landwirtschaftliches Nebengewerbe betrieben.

c) Ein **Neben**gewerbe liegt nur vor, wenn der Umfang des Gewerbebetriebes (Höhe des angelegten Kapitals, des Umsatzes, Zahl der beschäftigten Personen) erheblich geringer ist als der Umfang des Hauptgewerbes. Hebt sich das frühere Nebengewerbe in seiner Bedeutung, so entsteht entweder eine Verbindung gleichberechtigter Gewerbe, oder das land- oder forstwirtschaftliche Gewerbe sinkt sogar zum Nebengewerbe herab; in beiden Fällen findet dann §. 1 und 2, nicht mehr §. 3 Abs. 2 Anwendung.

d) Das Neben**gewerbe** muß die Kennzeichen eines Gewerbebetriebes haben (vgl. §. 1 Anm. III).

e) Das Unternehmen muß **nur** ein Nebengewerbe sein; ist daher das Unternehmen ein selbständiger Gewerbebetrieb, so findet §. 3 nicht Anwendung, selbst wenn nebenbei auch Erzeugnisse oder Abfälle, welche der Gewerbetreibende in einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gewonnen hat, zur Verwendung kommen.

III. **Eintragung und Löschung.** Über die Wirkungen der Eintragung und über Recht und Pflicht zur Löschung vgl. zu §. 5.

§. 4. **Minderkaufleute.**

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

A.D.H. Art. 10. **Entw. I** §. 5. **Entw. II** §. 4.

§. 4.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Das bisherige A.D.H. führte in dem entsprechenden Art. 10 auf: „Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe [das „dergleichen" wurde ausgelegt als auf die Art des Geschäfts hindeutend, so daß nicht das ganze Kleingewerbe umfaßt war], ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht." Im jetzigen §. 4 ist auf die Art des Gewerbebetriebes nur bezüglich des Handwerks Rücksicht genommen, im übrigen kommt es nur auf den Umfang des Geschäftsbetriebes an, darauf, daß nur Kleingewerbe vorliegt.

II. **Minderkaufleute.** Der §. 4 bezieht sich (da anderenfalls die in ihm enthaltenen Vorschriften selbstverständlich wären und nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchten) nur auf solche Handwerker und Kleingewerbetreibende, welche nach §. 1 Kaufleute

sind (Str. Bd. 76 S. 297). [Kaufleute der in §. 2 und 3 erwähnten Gattungen können nie Minderkaufleute sein, weil für jene Gattungen stets das Vorliegen eines Unternehmens erfordert ist, welches nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, also Handwerker und Kleingewerbetreibende nie Kaufleute jener Gattungen sein können. Vgl. §. 2 Anm. IV. a. E.]. Auch die im §. 4 bezeichneten Personen bleiben daher trotz der in ihm enthaltenen Bestimmungen Kaufleute im Sinne des H.G.B. (man bezeichnet sie als „Minderkaufleute" im Gegensatz zu „Vollkaufleuten"). Wer nebeneinander ein minderkaufmännisches und ein vollkaufmännisches Geschäft führt, braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns nur bezüglich des vollkaufmännischen Geschäfts zu erfüllen (§. 1 Anm. II. F., §. 38 Anm. I a, R.G. in Strfs. XXV, 171. Dagegen O.L.G. Marienwerder, v. 27. April 1894, Z.f.H. Bd. 46 S. 466). Für unanwendbar auf Minderkaufleute sind nur einige der für Kaufleute gegebenen Bestimmungen erklärt, nämlich die Bestimmungen über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura (§. 4 Abs. 1), über Handelsgesellschaften, soweit nicht bei letzteren ihre Eigenschaft als Kaufmann unabhängig vom Gegenstand des Unternehmens ist (§. 4 Abs. 1, §. 6 Abs. 2), endlich die Bestimmungen über Ermäßigung von Vertragsstrafen, über den Ausschluß der Einrede der Vorausklage und über die Giltigkeit formlos geleisteter Bürgschaften, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse (§. 351). Alle vorstehend nicht ausgenommenen Bestimmungen des H.G.B. finden auch auf die im §. 4 bezeichneten Personen Anwendung; also namentlich die Vorschriften über die Handlungsbevollmächtigten und die Vorschriften des dritten Buchs über die Handelsgeschäfte (mit den in §. 351 bestimmten Ausnahmen), z. B. der §. 354 (R.O.H. Bd. 10, S. 243).

a. **Firma.** Bedienen sich die im §. 4 bezeichneten Personen einer Firma, so können sie dieselbe nicht in das Handelsregister eintragen lassen und haben keinen gesetzlichen Schutz für dieselbe. Schließen sie unter einer von ihrem Familiennamen verschiedenen Firma einen Vertrag, so wird das Rechtsgeschäft ebenso beurteilt, als wenn ein Nichtkaufmann unter Annahme eines ihm nicht zustehenden Namens den Vertrag geschlossen hätte, wodurch die Giltigkeit des Vertrages nicht berührt wird. Wie lange ein Minderkaufmann Dritten gegenüber, nachdem er sich ihnen einmal als Inhaber des Handelsgewerbes kundgemacht hat, sich gefallen lassen muß, als solcher angesehen zu werden, obschon er den Betrieb aufgegeben hat, ist nach ähnlichen Grundsätzen, wie sie in §. 15 aufgestellt sind, zu beurteilen, nur daß die Bedeutung, welche nach §. 15 der Eintragung oder Nichteintragung zukommt, hier natürlich fortfällt (R.G. XII, 12, XV, 36). Ob die Grundsätze über die durch Kundmachung an die bisherigen Geschäftsgläubiger begründete Haftung des Übernehmers eines Geschäfts für frühere Geschäftsschulden auch auf Minderkaufleute anwendbar sind, läßt R.G. XVII, 99 dahingestellt; vgl. jetzt §. 25 H.G.B.

b. **Handelsbücher.** Auch zur Aufstellung von Bilanzen und Inventarien ist der Minderkaufmann nicht verpflichtet. Über die Befreiung der Warenmakler im Kleinverkehr vom Schlußnotenzwang und von der Tagebuchführung s. §. 104 Anm. III.

c. **Prokura.** Erteilt ein Minderkaufmann eine Prokura, so ist dieselbe als Vollmacht soweit aufrecht zu erhalten, als der Vollmachtswille sich erstreckt (Thöl, Bd. I §. 56 Ziff. 4, Hahn, 4. Aufl. §. 5 zu Art. 10). Wohl zu weit geht die Ansicht (P. 1278), daß wer, ohne Vollkaufmann zu sein, eine Prokura erteilt, und dadurch den anderen in Irrtum geführt habe, diese seine eigene Handlung nicht anfechten dürfe und die Wirkung der Prokura vertreten müsse.

d. **Vereinigungen** von Minderkaufleuten werden nicht nach den Vorschriften über offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, sondern nach den Vor-

schriften des B.G. §§. 705 ff. über Gesellschaften beurteilt. Ebensowenig durch §. 4 Abs. 2 wie durch §. 6 Abs. 1 ist ausgeschlossen, daß trotzdem eine solche Vereinigung, wenn sie die Handelsgewerbe betreibt (§. 1), Kaufmann ist; daher sind auch ihre zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörenden Geschäfte Handelsgeschäfte (§. 343. Ebenso für das bisherige Recht R.G. IX, 80).

III. **Handwerker.** Die Eigenschaft als Handwerker macht den handelsgewerbetreibenden Handwerker (nur auf diesen bezieht sich §. 4 Abs. 1) nicht zum Nichtkaufmann, sondern nur zum Minderkaufmann. Ein Handelsgewerbebetrieb liegt aber nur vor, wenn entweder die Be- oder Verarbeitung über den Umfang des Handwerks hinausgeht (§. 1 Ziff. 2; vgl. §. 1 Anm. IIIC Ziff. 2d), oder wenn der Betrieb außerdem Anschaffung und Veräußerung (§. 1 Ziff. 1) zum Gegenstande (§. 1 Anm. IIIB) hat. Derjenige Kaufmann, welcher Handwerker ist, ist niemals Vollkaufmann, auch wenn der Handwerksbetrieb im großen erfolgt (K.B.9). Damit diese Bestimmung sich bewährt, wird man aber den Begriff des Handwerkers nicht zu weit ziehen dürfen. Nicht auf die Art des hergestellten Gegenstandes kommt es an, sondern darauf, in welcher Weise der Gewerbetreibende bei der Bearbeitung mitwirkt, ob er bei der eigentlichen Herstellung persönlich mit Hand anlegt und nicht etwa nur bei der Oberleitung des Betriebes oder dem Vertrieb der Waren sich beteiligt, auf die Einrichtung und Größe der Betriebsstätte, die Beschaffenheit der zur Herstellung des Erzeugnisses benutzten Hilfsmittel, die Zahl und Thätigkeitsart der beschäftigten Personen, die etwaige Anwendung eines arbeitsteilenden Verfahrens (R.G. in Strfs. XXIV, 80, 357, XXV, 5, Oberstes Lds.-G. München in Z.f.H. XXXIV, 561).

IV. **Kleingewerbetreibende.** Den Landesregierungen ist gestattet, durch Bezugnahme auf die nach dem Geschäftsumfange (wobei Anlagekapital, Umsatz, Ertrag u. s. w. berücksichtigt werden können, K.B. 10) bemessene Steuerpflicht das Kleingewerbe vom Großgewerbe abzugrenzen. Für das bisherige Recht vgl. z. B. R.G. in Strfs. XXII, 310.

V. **Eintragung und Löschung.** Über die Wirkungen der (ungerechtfertigten) Eintragung eines Minderkaufmanns in das Handelsregister s. §. 5.

§. 5. Wirkung der Eintragung.

Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im §. 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

A.D.H. — **Entw. I** —. **Entw. II** §. 5.

§. 5.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Sowohl nach dem bisherigen A.D.H. wie nach dem neuen H.G.B. ist die allgemeine Regel, daß Eintragungen und Löschungen im Handelsregister nur der Ordnung halber vorgeschrieben sind, daß sie für das beurkundete Rechtsverhältnis nicht begründende sondern nur erklärende Wirkung haben und höchstens für den guten Glauben Dritter und die Verteilung der Last des Beweises für diesen guten Glauben erheblich sein können (§. 15). Einzelne Abweichungen von diesem Grundsatz durch Beilegung einer begründenden Wirkung erwiesen sich jedoch von vornherein als nöthig oder wurden später eingeführt (vgl. §. 15 Anm. III C. Eine Entwickelung nach derselben Richtung bezeichnen die Vorschriften in §. 2 und 3, wonach in den dort behandelten Fällen die Eigenschaft als Kaufmann nicht schon bei dem Vorliegen aller sachlichen Voraussetzungen, sondern erst durch die Form der Eintragung

2*

entsteht. Auf die Fälle des §. 1 ist diese begründende Wirkung der Eintragung noch nicht ausgedehnt. Der §. 5 geht nun noch einen Schritt weiter. Alle bisher erwähnten Vorschriften besagen, daß die durch die Eintragung zu bekundenden Rechtsverhältnisse nicht bestehen, wenn sie nicht eingetragen sind. Der §. 5 fügt hinzu, daß, wenn bestimmte Rechtsverhältnisse eingetragen sind, gegenüber den sich auf die Eintragung berufenden Personen nicht behauptet werden könne, daß sie nicht bestünden; er legt also insoweit der Eintragung der Firma eine unwiderlegbare Vermutung für die Eigenschaft des Inhabers als Vollkaufmann bei. Und diese Wirkung erstreckt sich nicht nur auf die Fälle des §. 2 und 3, sondern auch auf die Fälle des §. 1 in seinem Verhältnis zu §. 4. (Einzelkaufleute und Vereinigungen; auch letztere sind durch die Bezugnahme auf §. 4 Abs. 1 gedeckt.)

II. **Wirkung der Eintragung. „Gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft."** Die Fassung ist weiter als das, was nach der Denkschrift hiermit ausgedrückt werden sollte. Denkschr. 17, 18: „Der Eintragung einer Firma wird demnach hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse des Unternehmers eine den Prozeßrichter bindende Wirkung beigelegt. Dem Eingetragenen ist gegenüber einem Dritten, dem Dritten ist gegenüber dem Eingetragenen der Einwand versagt... Die Tragweite des §. 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden ... Die Prüfung der Frage, ob die Eintragung sachlich gerechtfertigt war, läßt sich daher dem Strafrichter nicht entziehen. Ebensowenig kann die Eintragung die Wirkung haben, daß nunmehr der Eingetragene auch dem Registerrichter gegenüber unbedingt als eintragungsfähiger Kaufmann zu gelten hätte..."

III. **Wirkung der Löschung.** Der §. 5 erwähnt nichts über die Wirkung einer Löschung nach vorheriger Eintragung. Selbstverständlich ist, daß nach erfolgter Löschung die auf die Eintragung gegründete Vermutung des §. 5 für die Folgezeit nicht mehr geltend gemacht werden kann (Denkschr. 19). Da aber der §. 5 an die Löschung keine dahingehende Vermutung knüpft, daß der Gelöschte Nichtvollkaufmann sei, so bewendet es in dieser Beziehung bei der allgemeinen Regel des §. 15 über die Wirkung von Eintragungen im Handelsregister, d. h. die Thatsache der Löschung ist an sich nicht entscheidend für die Frage, ob der Gelöschte die Eigenschaft als Vollkaufmann verloren hat und sei es Minderkaufmann, sei es Nichtkaufmann geworden ist. (Vgl. §. 17 Anm. II c.) Auch der Gelöschte kann daher, wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, geltend machen, er sei Vollkaufmann nach §. 1, und ihm gegenüber kann dies geltend gemacht werden. Dagegen wird — als Folgerung nicht aus §. 5, sondern aus §. 2 (wo das „eingetragen worden ist" als identisch mit „eingetragen ist" und nicht auch das „früher einmal eingetragen war" einschließend aufgefaßt werden muß) und aus §. 3 — anzunehmen sein, daß für die Fälle der §§. 2 und 3 ein gleicher Einwand, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt sei, nicht erhoben werden kann. In der Denkschr. 15 heißt es allerdings: „Wird die nach §. 3 eingetragene Firma zu Unrecht gelöscht, so behält gleichwohl das Unternehmen die einmal begründete Eigenschaft eines Handelsgewerbes, solange die im §. 2 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen in Ansehung der Art und des Umfanges des Betriebes fortbestehen." Hierdurch würde der Eintragung eine aus der Vorschrift in §. 2 nicht zu folgernde Wirkung für alle Zukunft beigelegt werden, und derselbe Nachteil, welchen §§. 2 und 3 für den Dritten vermeiden wollten, welcher mit einer Person abschließt, die er für einen Kaufmann hält und die sich später als Nichtkaufmann herausstellt, würde hier für den Unternehmer entstehen, der sich infolge der Löschung für einen Nichtkaufmann hält und dennoch später als Kaufmann in Anspruch genommen wird.

§. 6. **Handelsgesellschaften.**

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des §. 4 Abs. 1 nicht berührt.

A.D.H. Art. 5 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2. **Entw. I** §. 4, 5 Abs. 3. **Entw. II** §. 6, 4 Abs. 3.

§. 6.

I. **Früheres Recht.** Bereits das Preuß. Ges. über A.G. v. Nov. 1843 (G. S. 341) §. 9 bestimmte: „Die A.Gen., welche auf Gewerbe- oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, haben kaufmännische Rechte und Pflichten.“ In Bezug auf diejenigen A.G., bei welchen der Gegenstand der Unternehmung in Handelsgeschäften besteht, traten — in Gemäßheit des Art. 12 des Pr. Einf.-Ges. v. 1861 — die Bestimmungen des A.D.H. an die Stelle jenes Gesetzes. Die Artt. 174 und 208 des Bundesgesetzes v. 11. Juni 1870 und des Reichsgesetzes v. 18. Juli 1884 unterstellten alle A.G. und K.A.G. ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht oder nicht, denselben Regeln. Durch §. 11 des Genossenschaftsgesetzes v. 4. Juli 1868 (B.G.Bl. 415), jetzt §. 17 Abs. 2 Reichsges. v. 1. Mai 1889 (R.G.Bl. 55), ist bestimmt: „Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des H.G.B., soweit dieses Gesetz (nämlich das v. 1. Mai 1889) keine abweichenden Vorschriften enthält.“ Das Gesetz v. 20. April 1892 (R.G.Bl. 477) §. 13 enthält mit Bezug auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Bestimmung: „Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.“ — Die Bestimmungen des bisherigen Art. 5 Abs. 2 A.D.H. sind fortgelassen: als überflüssig, insoweit die Vorschriften über Kaufleute ausdrücklich für anwendbar auf öffentliche Banken erklärt wurden; als nicht unbedenklich, insoweit Bestimmungen besonderer für die Banken erlassener Verordnungen im Gegensatz hierzu vorbehalten waren (Denkschr. 19).

II. **Ob juristische Persönlichkeit** den Handelsgesellschaften zukomme, sollte durch die Bestimmung in §. 6 Abs. 1 nicht entschieden werden (Prot. 539, 1259).

III. **Handelsgesellschaften** sind stets die offene Handelsgesellschaft (§. 105), die K.G. (§. 161 Abs. 2), die A.G. (§. 210 Abs. 2), die K.A.G. (§. 320 Abs. 3), die G. m. beschr. Haftg. (Ges. v. 20. April 1892 §. 13). Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, aber ohne sachlichen Grund der Unterscheidung wird nicht zu den „Handelsgesellschaften“ gerechnet die Genossenschaft (weil Ges. v. 1. Mai 1889 §. 17 sie nur als „Kaufmann“, nicht auch als „Handelsgesellschaft“ bezeichnet; Parisius-Crüger, Genossenschaftsges. zu §. 17. In §. 3 Auswanderungsges. v. 9. Juni 1897 sind die Genossenschaften neben den Handelsgesellschaften genannt. Die Vorschriften über Kaufleute sind auf die Genossenschaft nur mit der Maßgabe in §. 17 Abs. 2 Genossenschaftsges. anwendbar. Einf.-Ges. Art. 2 Abs. 2); ebensowenig andere in Gesellschaftsform organisierte Personenmehrheiten, welche ein Handelsgewerbe betreiben, also z. B. nicht eine Prämien-Versicherungsgesellschaft wenn sie anders als in einer der im Eingang erwähnten Formen organisiert ist, eine Kolonialgesellschaft oder sonstige juristische Person der im §. 33 bezeichneten Art. — Über Vereinigungen von Kleingewerbetreibenden s. §. 4 Anm. IId.

IV. **Ausländische Handelsgesellschaften.** Ausländische Handelsgesellschaften sind nur solche, welche außerhalb Deutschlands ihren Sitz haben. Handelsgesellschaften eines deutschen Bundesstaats haben nach dem ausdehnend auszulegenden Art. 3 Reichsverfassung in einem anderen deutschen Bundesstaat gleiche Rechte mit den Handelsgesellschaften jenes Bundesstaats (R.G. VI, 142, Urteil v. 14. April 1882. Die gegenteilige Auffassung liegt dem Preuß. Erlaß v. 14. Febr. 1882, G. S. 18, zu Grunde).

a. **Rechtsfähigkeit.** Nach dem bisherigen Recht war anerkannt (Str. Bd. 1 S. 100, P. 371, R.O.H. XXII, 148, R.G. VI, 137 ff., XXI, 4. Motive zum Aktienges. v. 1884 S. 190; über die Wirkung der Verlegung des Sitzes einer inländischen Aktiengesellschaft in das Ausland R.G. VII, 68), daß — entsprechend den Bestimmungen bei physischen Personen — die privatrechtliche Rechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft, welche im Auslande ihren Sitz hat, auch im Inlande dann anzunehmen ist, wenn die Rechtsfähigkeit nach dem ausländischen, am Ort des Sitzes maßgebenden Recht besteht. — Es scheint, daß §. 10 Einf.=Ges. z. B.G. dahin ausgelegt werden muß, daß dies nicht geändert werden sollte. Die in Betracht kommenden Bestimmungen lauten:

B.G. §. 22: „Ein Verein," (hierin sind die Handelsgesellschaften und Kaufleute in Gesellschaftsform mitbegriffen) „dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat." (§. 23 bezieht sich nur auf die auch im Auslande nicht rechtsfähigen ausländischen Vereine.)

Einf.=Ges. z. B.G. Art. 10: „Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der" (hier ist wohl, um den beabsichtigten Sinn zu erhalten, einzuschalten: „wenn er Sitz im Inlande hätte") „die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§. 21, 22 B.G. erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesraths anerkannt ist. . . ."

Da nach Reichsrecht die inländischen Handelsgesellschaften und Genossenschaften Rechtsfähigkeit auch ohne staatliche Verleihung erlangen, findet auf sie §. 22 B.G. nicht Anwendung, mithin auf entsprechende ausländische Gesellschaften auch nicht §. 10 Einf.=Ges. z. B.G. Anders allerdings bei solchen ausländischen Gesellschaften, deren Verfassung so stark von den Verfassungen inländischer Handelsgesellschaftsformen abweicht, daß sie keiner der letzteren in den wesentlichen Punkten entspricht. Die rechtliche Natur einer Gesellschaft ist nach dem an ihrem Sitz geltenden Recht zu beurteilen (R.G. XXXVI, 394).

Besondere Bestimmungen über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Handelsgesellschaften finden sich auch in **Staatsverträgen.** Die 1884 geltenden diesbezüglichen Bestimmungen sind wie folgt zusammengestellt in der Begründung zum Aktiengesetz v. 1884 S. 190: „Die vom Deutschen Reich mit der Schweiz (Bundesrats=Drucks. 1869 Nr. 102, Prot. §§. 289, 318), Großbritannien (Centralblatt für das Deutsche Reich 1874 S. 143; Bundesrats=Drucks. Nr. 83, Prot. §. 293 von 1873), Belgien (Centralblatt für das Deutsche Reich 1873 S. 380; Bundesrats=Drucks. Nr. 166, Prot. §. 568 von 1873), Italien (Konvention v. 8. August 1873 Centralblatt für das Deutsche Reich 1873 S. 288; Bundesrats=Drucks. Nr. 144, Prot. §. 527 von 1873; vgl. auch Handels= und Schiffahrtsvertrag v. 4. Mai 1883 (R.G.Bl. 109) Schlußprotokoll zu Art. 2), Serbien (Handelsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Serbien v. 6. Januar 1883 [R.G.Bl. 41] Art. 2 und Schlußprotokoll zu diesem) und Spanien (Handels= und Schiffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Spanien vom 12. Juli 1883 [R.G.Bl. 307] Art. 4) abgeschlossenen Vereinbarungen haben nur die rechtliche Anerkennung der gegenseitigen Aktiengesellschaften geregelt, dagegen die Vorschriften der einzelnen Landesgesetze über die Befugnis zum Geschäftsbetriebe, sowie über die wegen des Gegenstandes des Unternehmens erforderliche staatliche Konzession und Aufsicht unberührt gelassen. Dasselbe findet sich ausgesprochen in Artikel 19 der Handelsverträge mit Österreich=Ungarn

vom 16. Dezember 1878 (R.G.Bl. 371. Vgl. noch Bundesrats-Drucks. Nr. 7 und Prot. §. 333 von 1872) und vom 23. Mai 1881 (R.G.Bl. 129)." Einige der vorstehend erwähnten Verträge sind jedoch inzwischen außer Kraft getreten. Aus den späteren Staatsverträgen enthalten ausdrückliche Bestimmungen über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften diejenigen mit Griechenland (Handels- und Schiffahrtsvertrag v. 9. Juli 1884 Art. 4, R.G.Bl. 1885 S. 23), Italien (Handels-, Zoll- und Schiffahrtsvertrag v. 6. Dezbr. 1891 Schlußprotokoll zu Art. 2, R.G.Bl. 1892 S. 97), Österreich-Ungarn (Handels- und Zollvertrag v. 6. Dezbr. 1891 Art. 19 Abs. 5, R.G.Bl. 1892 S. 3, Zulassung auch zum Geschäftsbetrieb für A.G., K.A.G. und Versicherungsgesellschaften), Rumänien (Handelsvertrag v. 21. Oktober 1893, Vorbehalt im angehängten Schreiben v. 3/15. Oktober 1893 Abs. 4, R.G.Bl. 1894 S. 105: der Vertrag habe nur die physischen, nicht auch die juristischen Personen im Auge; die Gewährung der Erlaubnis zur Niederlassung und die Kontrolle über den Geschäftsbetrieb von Gesellschaften kommerzieller, industrieller oder finanzieller Natur solle daher den Bestimmungen der betreffenden Gesetze vorbehalten bleiben), Rußland (Vereinbarung v. 22. August 1885, Centralblatt für das Deutsche Reich Nr. 35, Handels- und Schiffahrtsvertrag v. $\frac{\text{10. Februar}}{\text{20. Januar}}$ 1894 Art. 4, R.G.Bl. 153), Serbien (Handels- und Zollvertrag v. 21/9. August 1892 Art. II Abs. 1 „oder in Gesellschaften" und Abs. 5, Schlußprotokoll zu Art. II, letzteres enthaltend Bestimmungen über gegenseitige Zulassung zur Verfolgung aller Rechte und über Gleichberechtigung der deutschen mit den serbischen Gesellschaften in Serbien, R.G.Bl. 1893 S. 269), Südafrikanische Republik (Freundschafts- und Handelsvertrag v. 22. Januar 1885, Art. 4, R.G.Bl. 1886 S. 209, alle Rechte der meistbegünstigten Nation).

Über das in den einzelnen Staaten des Auslandes gegenüber deutschen Gesellschaften in dieser Beziehung geltende Recht s. Begründung zum Aktiengesetz v. 1884 S. 184 ff. und die vorstehend erwähnten Staatsverträge.

b. **Gewerbebetrieb.** Der §. 12 Reichsgewerbeordnung bestimmt: „Hinsichtlich des Gewerbebetriebes der juristischen Personen des Auslandes bewendet es bei den Landesgesetzen". Diejenigen ausländischen Handelsgesellschaften, welche nicht juristische Personen sind, unterstehen hiernach nur den gewöhnlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung. Für Preußen kommen in Betracht Preuß. Gewerbeordnung v. 17. Januar 1845 in der durch Ges. v. 22. Juni 1861 (G. S. 441) abgeänderten Gestalt, §. 18: „Juristische Personen des Auslandes dürfen, sofern nicht durch Staatsverträge ein anderes bestimmt ist, nur mit Erlaubnis der Ministerien in Preußen ein stehendes Gewerbe betreiben. Hinsichtlich ausländischer Unternehmer von Versicherungsanstalten, sowie hinsichtlich ausländischer Auswanderungsunternehmer bewendet es bei den bestehenden Gesetzen." Vgl. Lehmann, Die Voraussetzungen für den Geschäftsbetrieb auswärtiger Lebensversicherungsgesellschaften in Preußen, in Z.f.H. Bd. 46 S. 390. Bezüglich ausländischer Auswanderungsunternehmer ist jetzt maßgebend das Reichs-Auswanderungsgesetz v. 9. Juni 1897 §. 4. Bezüglich österreichisch-ungarischer, rumänischer, serbischer Gesellschaften und derjenigen der südafrikanischen Republik s. Anm. IVa.

c. **Erwerb von Grundeigentum.** Einf.-Ges. z. B.G. Art. 88 bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen." Für Preußen Ges. v. 4. Mai 1846 (G. S. 235): „§. 1. Ausländische Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes können Grundeigentum innerhalb

Unserer Staaten nur mit Unserer Genehmigung erwerben. §. 2. So lange diese Genehmigung nicht erteilt ist, sind die auf einen solchen Erwerb bezüglichen Verhandlungen nichtig." Vgl. Preuß. Erlaß v. 14. Febr. 1882 (G. S. 18), welcher wohl (oben Anm. IV im Eingang) gegenstandslos ist. Über serbische Gesellschaften und diejenigen der südafrikanischen Republik s. Anm. IVa.

d. **Inländische Zweigniederlassungen** s. §. 13 Abs. 3, für A.Gen. und A.K.Gen. außerdem §. 201 Abs. 5.

Öffentlichrechtliche Verbote. §. 7.

Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.

A.D.H. Art. 11. **Entw.** I §. 6. **Entw.** II §. 7.

§. 7.

In der gegenüber dem A.D.H. erweiterten Fassung bezieht sich die Bestimmung nicht nur auf gewerbepolizeiliche und gewerbesteuerliche Vorschriften, sondern auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere auf diejenigen der Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Beamten (Denkschr. 19). — Auch wenn die Handelsgeschäfte dem Zweck dienen, andere in strafbarer Weise zu täuschen (z. B. Anschaffung von Rohstoffen zur Herstellung künstlichen Mineralwassers, welches als natürliches verkauft werden soll), sind die Gewerbetreibenden Kaufleute (Bolze Bd. 18 Nr. 253).

Zweiter Abschnitt.

Handelsregister.

Registergericht. §. 8.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

A.D.H. Art. 12 Abs. 1. **Entw.** I §. 7. **Entw.** II §. 8.

§. 8.

I. **Gerichte und Verfahren.** Bisher wurde in den meisten Bundesstaaten das Handelsregister durch die Amtsgerichte geführt, in einigen (Baiern, Elsaß-Lothringen, Sachsen-Koburg, Hamburg, Bremen) durch die Landgerichte. Für die Zukunft sollen allgemein die Amtsgerichte für zuständig erklärt werden (Entwurf zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit §. 121). Neben dem Handelsregister sind zu führen das Genossenschaftsregister (Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 §§. 147 ff.), das Börsenregister (Börsenges. v. 22. Juni 1896 §§. 54 ff.) und das Schiffsregister für Seeschiffe (Ges. betr. die Nationalität d. Kauffahrteischiffe v. $\frac{\text{25. Oktober 1867}}{\text{23. Dezbr. 1888}}$ §§. 3 ff.) und für Binnenschiffe (Binnenschiffahrtsges. v. 15. Juni 1895 §§. 121 ff.).

II. **Unzulässige Eintragungen.** Der Kreis der eintragungsfähigen Thatsachen ist beschränkt; freiwillige Eintragung noch anderer Thatsachen ist unzulässig. (M. 10, P. 88.) Die Eintragung von Vormerkungen für eine künftige Eintragung (Löschung) wird man für zulässig halten müssen. Dies sind nicht „freiwillige Eintragungen" im obigen Sinne, es wird nicht der Kreis der eintragungsfähigen Thatsachen erweitert, sondern innerhalb dieses Kreises wird der Dritte gewarnt, es sei streitig, ob eine be-

stimmte Eintragung zu Recht erfolgt oder eine andere erforderliche Eintragung zu Unrecht unterlassen ist. (Dagegen Staub Art. 12 §. 2 unter Berufung auf Urteile des O.G. Wien.) Unstatthaft ist ferner die Eintragung von gesetzlich unzulässigen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis (R.O.H. VI, 140, Johow XII, 37). Über die Wirkung von Eintragungen, welche im H.G.B. nicht vorgeschrieben sind, vgl. §. 15 Anm. III A c 2.

§. 9. **Öffentlichkeit. Bescheinigungen.**

Die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet.

Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; das Gleiche gilt in Ansehung der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, sofern ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Das Gericht hat auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist.

A.D.H. Art. 12 Abs. 2. **Entw. I** §. 8. **Entw. II** §. 9.

§. 9.

I. **Einsicht und Abschriften.** Die Einsicht kann nur während der Dienststunden verlangt werden (Denkschr. 23), wird aber zweckmäßig in schleunigen Fällen auch außerhalb derselben gewährt. Für die Erteilung einer Abschrift sind die Kosten zu erlegen (Denkschr. 23); für Preußen vgl. Gerichtskostenges. v. 25. Juni 1895 §. 76 Abs. 2 u. Verf. d. Justizmin. v. 31. März 1896 (J.M.Bl. 117). Nach K.B. 11 sollen die Steuerbehörden berechtigt sein, sich durch Einsicht oder Abschriften aus dem Handelsregister und den eingereichten Schriftstücken Aufklärung über die Einlagen bestimmter, namhaft zu machender steuerpflichtiger Personen zu verschaffen; es überschreite aber das berechtigte Interesse der Steuerbehörde, Abschrift des ganzen Handelsregisters zu verlangen.

II. **Bescheinigungen.** Neben dem Recht auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift erkennt das H.G.B. kein Recht auf Erteilung einer Bescheinigung über erfolgte Eintragungen an. Jedoch müssen derartige Bescheinigungen erteilt werden in den Fällen der Grundbuchordnung v. 24. März 1897 §. 33:

„Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugniß des Gerichts über die Eintragung geführt.

Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugniß zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung."

Das Recht zur Ausstellung von Bescheinigungen, daß einer bestimmten Eintragung Bedenken nicht entgegenstehen, ist dem Gericht nicht erteilt; derartige Auskünfte sind unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (Johow XI, 29). Soweit nach deutschem Gesetz die Führung eines Nachweises durch Bescheinigung der Registerbehörde erforderlich ist, muß, falls das betreffende Handelsregister im Auslande geführt wird, die Bescheinigung der ausländischen Registerbehörde beigebracht werden; bezüglich der Länder, in denen ein Register geführt wird, genügt daher nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (Johow XVI, 27).

§. 10. **Bekanntmachung der Eintragungen.**

Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. So-

weit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

Mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als erfolgt.

A.D.H. Art. 13. **Entw. I** §. 9. **Entw. II** §. 10.

§. 10.

Die Bekanntmachungen im Reichsanzeiger und in den anderen Blättern sind nur je einmal zu bewirken (Denkschr. 24). Im Ges. über freiwillige Gerichtsbarkeit (Entwurf §. 128) soll bestimmt werden, daß die Landesjustizverwaltungen befugt sind, den Registergerichten Anweisungen bezüglich der für die Bekanntmachung der Eintragungen zu bestimmenden Blätter zu erteilen. In der Kommission war man darüber einig, daß Eintragung und Veröffentlichung ohne jede Verzögerung erfolgen müsse, daß insbesondere eine periodische Ansammlung behufs gleichzeitiger Veröffentlichung nicht zulässig sei.

Die Vorschrift, daß die Eintragungen „ihrem ganzen Inhalte nach" zu veröffentlichen sind, bedeutet nicht, daß sie notwendig wortgetreu veröffentlicht werden müssen. Ob die bei den gewöhnlichen kleineren Eintragungen immer in gleicher Weise sich wiederholenden verbindenden Worte bei jeder einzelnen Eintragung in derselben Wortfolge wie im Handelsregister stehen und die einleitende Mitteilung, daß eingetragen sei, stets wiederkehrt, oder ob durch eine Anordnung in Tabellenform nur einmal für eine große Zahl gleichartiger Eintragungen jene Worte und jene Mitteilung gedruckt werden, ist unerheblich. Auch das letztere ist eine Veröffentlichung des „ganzen Inhalts", sie empfiehlt sich durch Übersichtlichkeit (zumal bei der Centralisation im Reichsanzeiger) und durch Billigkeit. (Vgl. H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurf eines H.G.B. S. 8 und in Ztschr. f. dtschen. Civilprozeß XX, 24 ff.). Veröffentlichung von mehr als dem Eingetragenen ist vorgeschrieben in den Fällen der §§. 199, 201, 277, Fortlassung eines Teiles der eingetragenen Thatsachen im Falle des §. 162 Abs. 2.

§. 11.

Bezeichnung der Blätter für Veröffentlichungen.

Das Gericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen während des nächsten Jahres die im §. 10 vorgesehenen Veröffentlichungen erfolgen sollen.

A.D.H. Art. 14. **Entw. I** §. 10. **Entw. II** §. 11.

§. 11.

In allen vom Gericht bezeichneten Blättern muß jede solche Bekanntmachung eingerückt werden, damit jeder, der auch nur eines dieser Blätter liest, sicher sein kann, alle von diesem Gericht ausgehenden Bekanntmachungen gelesen zu haben (P. 897). — Der bisherige Art. 14 enthielt die Vorschrift: „Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen . . .". Nach dem H.G.B. kann das Gericht ebenso verfahren; die in einem solchen Falle notwendige Abweichung von der Vorschrift, daß die Bezeichnung der Blätter im Dezember stattfinden soll, macht die Bezeichnung nicht unwirksam, da es sich trotz der strengen Fassung des Gesetzes nur um eine Ordnungsvorschrift handelt. Statt der Bestimmung eines neuen Blattes an Stelle des Eingegangenen kann aber das Gericht, so lange die Vorschrift des §. 10 Abs. 1 gewahrt bleibt, auch bestimmen, daß künftig die Veröffentlichung in den übrigen Blättern genügen solle.

§. 12.

Anmeldung. Zeichnung von Unterschriften.

Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften sind persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich. Rechtsnachfolger eines Betheiligten haben die Rechtsnachfolge soweit thunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

A.D.H. Art. 19, 45 u. a. **Entw. I** §. 11. **Entw. II** §. 12.

§. 12.

I. **Form der Anmeldung und Zeichnung.**

a. Nur bei Anmeldungen zur Eintragung und Zeichnung von Unterschriften. Einzureichende Schriftstücke, deren Inhalt nicht einzutragen ist (z. B. Geschäftsberichte bei A.Gen., 265 Abs. 2) bedürfen auch in Zukunft keiner besonderen Form (Denkschr. 25).

b. Wer einzureichen hat, ist nicht gesagt. Das Gericht wird daher in der Regel nicht zu prüfen brauchen, ob der Einreichende zur Einreichung ermächtigt ist; nur wenn besondere Bedenken vorliegen sollten, wird es zweckmäßig sein, einen solchen Nachweis zu verlangen.

c. Die Einreichung und die Ermächtigung zur Einreichung können formlos erfolgen; nur für die Vollmacht zur Anmeldung ist eine besondere Form vorgeschrieben. Vgl. auch Entw. §. 125 Ges. üb. Angel. d. freiw. Gerichtsbark.

d. Unmöglichkeit der Zeichnung wegen Schreibensunkunde oder aus körperlichen Gründen (z. B. Lähmung der Hand) hindert nicht die Eintragung; nur hat das Gericht dafür zu sorgen, daß nach gehobenem Hinderniß möglichst die Zeichnung nachgeholt wird. Vgl. Centralorgan 1862, S. 140; 1863, S. 116. Der österreichische oberste Gerichtshof gewährte (Entsch. vom 21. September 1864 Z.f.H. VIII, 541) einer schreibensunfähigen Handelsfrau eine Frist von drei Monaten, um innerhalb derselben entweder ihren Namen und die Firma schreiben zu lernen oder durch Bestellung eines Prokuristen die Zeichnung der Firma formgerecht vornehmen zu lassen. Der Prokurist kann indessen durch seine Zeichnung die Zeichnung des Inhabers des Gewerbebetriebes nicht ersetzen. Auch ist später eine gegenteilige Entscheidung des O.G. Wien vom 3. Septbr. 1878 ergangen (Adler u. Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum A.D.H. Nr. 772, angeführt bei Staub).

e. Persönlich. Steht der Gewerbetreibende unter gesetzlicher Vertretung, so haben die Vertreter anzumelden und zu zeichnen (Staub §. 2a zu Art. 19 A.D.H. hält in diesem Falle eine Zeichnung für nicht erforderlich; das Gesetz macht indessen in dieser Beziehung keinen Unterschied zwischen Anmeldung und Zeichnung, und der Gesetzgebungsgrund für Erfordern einer Unterschriftszeichnung bleibt derselbe, wenn der gesetzliche Vertreter dauernd die Firma zeichnet. Vgl. auch einen Anwendungsfall in §. 35). Wer anzumelden hat, ist hier nicht entschieden, sondern für die einzelnen Fälle besonders geregelt; bestimmt ist im §. 12 nur, daß der im einzelnen Fall Anmeldungspflichtige persönlich anzumelden hat.

f. Öffentliche Beglaubigung. §. 129 B.G. bestimmt:

„Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden

von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittelst Handzeichens unterzeichnet, so ist die im §. 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt."

Im H.G.B. und im B.G. ist nicht bestimmt, welche Behörden die öffentliche Beglaubigung erteilen können, insbesondere ob nur die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung genügt. Hierüber entscheiden die Landesgesetze. Anwendbar bleibt (Einf.=Ges. Art. 2 Abs. 2) das Reichsges. v. 1. Mai 1878 (R.G.Bl. 89): „§. 1. Urkunden, die von einer inländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes aufgenommen oder ausgestellt sind, bedürfen zum Gebrauch im Inlande einer Beglaubigung (Legalisation) nicht. §. 2 Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs." Die Beglaubigungsbefugnis der Konsuln ist geregelt durch Ges. über die Organisation der Bundeskonsulate v. 8. Novbr. 1867 §. 16.

II. **Sachliche Voraussetzungen der Anmeldung. Prüfungsbefugnis des Richters.**

a. **Die Richtigkeit der angemeldeten Thatsachen.** Der Richter braucht nicht zu prüfen, ob die angemeldeten Thatsachen richtig sind, und er soll dies in der Regel nicht prüfen (vgl. R.G. in Strff. XVIII, 180, Johow VIII, 15). Durch die Anmeldung übernimmt der Anmeldende, nicht durch die Eintragung der Richter die Verantwortlichkeit dafür, daß die angemeldeten Thatsachen richtig sind. So hat beispielsweise, wenn die Eintragung einer neuen Firma oder der Verlegung des Sitzes des Geschäfts nachgesucht wird, in Ermangelung besonderer Umstände der Richter nicht nachzuforschen, ob der Anmeldende in der That das Geschäft eröffnet oder verlegt hat (Denkschr. 25). Dasselbe wird auch zu gelten haben bei Prüfung der Frage, ob ein Anmeldender thatsächlich Kaufmann nach §. 1 (im Gegensatz zu §. 4 Abs. 1), §. 2 oder 3 ist. Auch in diesen Beziehungen genügt daher in der Regel die Erklärung des Anmeldenden, daß er ein Gewerbe der betreffenden Art und von dem erforderlichen Umfang betreibe (Johow IV, 29). Andererseits ist aber der Richter, auch soweit er nur Angemeldetes einträgt, keine willenlose Maschine, man kann ihm nicht zumuten, daß er die staatliche Unterstützung leiht, wo sich ergiebt, daß falsche Thatsachen behufs Täuschung anderer angemeldet werden. Wo genügender Verdacht hierfür vorliegt, wird er daher die Glaubhaftmachung der angemeldeten Thatsache verlangen und, falls Glaubhaftmachung nicht erfolgt, die Eintragung ablehnen können. Er ist überhaupt in allen denjenigen Fällen zur Ablehnung einer Eintragung berechtigt, in denen er sofort wieder die Löschung durch Ordnungsstrafe erzwingen könnte. — Die Bewirkung falscher Eintragungen in das Handelsregister durch vorsätzlich falsche Anmeldung ist nicht strafbar als intellektuelle Urkundenfälschung gemäß §. 271 St.G.B., weil die Eintragung nur dazu bestimmt ist, die Anmeldung, nicht die angemeldete Thatsache zu beweisen (R.G. in Strff. XVIII, 180).

b. **Die Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung** muß stets nachgewiesen werden. Für zwei hierher gehörige Fälle (Vollmacht und Rechtsnachfolge) enthält §. 12 Abs. 2 ausdrückliche Bestimmungen. Für andere Fälle ist absichtlich nicht bestimmt, daß der zu einer Eintragung etwa erforderliche Nachweis nur durch öffentliche Urkunden erbracht werden könne (Denkschr. 25). Jede Art des

Nachweises wird daher genügen. Auch für die Rechtsnachfolge (unter Lebenden und von Todeswegen, Einzel- und Allgemeinnachfolge) ist nur soweit thunlich der Nachweis durch öffentliche Urkunden erfordert, nicht daher z. B. im Falle des Erwerbs auf Grund eines nicht öffentlich errichteten Testaments (B.G. §. 2231 Ziff. 2).

c. **Ob die angemeldeten Thatsachen** (ihre Richtigkeit vorausgesetzt) **und die Form der Anmeldung genügen, um nach dem Gesetz zu einer Eintragung zu führen,** hat der Richter zu prüfen, namentlich also die Übereinstimmung des thatsächlich Erklärenden mit dem, welcher die Erklärung abzugeben hat, und die Beschaffenheit und äußere Fehlerfreiheit der übergebenen Urkunden (R.G. in Strfs. XVIII, 180). Das Register ist nur für die im Gesetz vorgesehenen Eintragungen bestimmt; sonstige freiwillige Eintragungen sind nicht zulässig (M. 10, P. 88).

§. 13. **Zweigniederlassung.**

Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, sind die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken.

Eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände.

A.D.H. Art. 21, 86 u. a. **Entw. I** §. 12. **Entw. II** §. 13.

§. 13.

I. **Begriff der Zweigniederlassung.** Das Kammergericht Berlin (Johow V, 22, 23, XIV, 12) erachtet eine Zweigniederlassung als vorhanden, „wenn an einem anderen Orte als dem Sitze des Geschäfts durch die selbständige Thätigkeit einer von dem Inhaber des Hauptgeschäfts damit beauftragten Person Verträge, wie sie den Hauptgegenstand und Zweck des Hauptgeschäfts bilden, vermöge einer für die Dauer an dem anderen Orte getroffenen Einrichtung abgeschlossen werden". Vgl. Begriffsbestimmung in R.G. XXXVIII, 263, Agricola, die Zweigniederlassung, in Siebenhaars Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht XII, 279 und Brendel, Über die rechtliche Natur der Zweigniederlassung in Gruchot Bd. 33 S. 213.

a. **Zweig**niederlassung deutet auf ein Verhältnis späteren Entstehens, der Abhängigkeit, des geringeren Umfanges gegenüber der Hauptniederlassung. Die letztere befindet sich an demjenigen Orte, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ihren Ausgang nimmt (R.O.H. XVI, 52). Vor allem kommt auch in Betracht, wo der Geschäftsinhaber in der Regel in Person thätig ist. Hiernach muß aus den Umständen im Einzelfall beurteilt werden, welche von zwei zusammengehörenden Niederlassungen die Haupt- und welches die Zweigniederlassung ist. Ebenso ist aber auch Thatfrage, ob die beiden Geschäfte überhaupt im Verhältnis von

Haupt- und Zweigniederlassung zu einander stehen, oder ob jedes selbständig ist. Ein solches selbständiges Nebeneinanderstehen mehrerer Geschäfte desselben Gewerbetreibenden an demselben Orte kann ebenso vorkommen wie ein Nebeneinanderstehen an verschiedenen Orten. Eine gleiche Firma wird in der Regel auf Zusammengehörigkeit, verschiedene Firmen auf Selbständigkeit deuten; entscheidend ist die Gleichheit oder Verschiedenheit der Firma nicht (Johow XIV, 12). So wird z. B. häufig ein mit fremder Firma hinzuerworbenes Geschäft unter Beibehaltung jener Firma in eine Zweigniederlassung des Hauptgeschäfts umgewandelt. Mit den thatsächlichen Verhältnissen können alle jene Rechtsverhältnisse sich ändern, aus der Haupt- die Zweigniederlassung werden und umgekehrt, getrennte Geschäfte in das Verhältnis von zusammengehörigen treten, zusammengehörige sich trennen. Vgl. §. 22 Anm. Id.

b. **Niederlassung.** Eine Niederlassung ist nur vorhanden, wo ein dauerndes (ständiges) Verhältnis beabsichtigt ist. Für den Begriff der Zweigniederlassung im Sinne des H.G.B. ist aber ferner wesentlich, daß von ihr aus unmittelbar das Handelsgewerbe betrieben wird, daß der Vorsteher jener Niederlassung in gewissem Umfange zu selbständigem Entschlusse ermächtigt ist, ob er ein einzelnes Geschäft abschließen will oder nicht (R.O.H. XVII, 315, R.G. XXIII, 428, vgl. auch §. 22 C.P.O., §. 29 H.G.B.). Letzteres ist zwar nicht unmittelbar aus dem Wort „Niederlassung" zu folgern, denn eine Niederlassung kann ebensowohl auch zu anderen als handelsgewerblichen Zwecken bestimmt sein. Da das H.G.B. aber auch eine Hauptniederlassung nur insoweit beachtet als sie eine handelsgewerbliche ist (§. 29: „Handelsniederlassung"), so muß dasselbe auch für die Zweigniederlassung gelten. Ein Handelsgewerbe liegt vor, wenn die Voraussetzungen der §§. 1—3 gegeben sind, wobei aber nur bezüglich des Gewerbebetriebes der Haupt- und Zweigniederlassung als Gesamtheit, nicht bezüglich der Zweigniederlassung für sich allein (vgl. R.G. XXI, 4), verlangt werden darf, daß sie den in jenen Bestimmungen erforderten Umfang des Betriebes erreicht, um ihre Eintragungspflicht zu begründen. Einen Anhalt für das Vorliegen eines selbständigen Gewerbebetriebes am Orte der Zweigniederlassung wird in Preußen in vielen Fällen eine etwa erfolgte Gemeindebesteuerung gemäß §. 33 Ziff. 2, 3 Kommunalabgabenges. v. 14. Juli 1893 geben, wenn der Wohnsitz bezw. Sitz nicht am Ort der Besteuerung liegt. Als ein Betreiben des Handelsgewerbes am Orte der Niederlassung und mithin als das Vorhandensein einer Zweigniederlassung ist es nicht anzusehen, wenn die dort abgeschlossenen Geschäfte nur nebensächliche, den Abschluß oder die Ausführung der wesentlichen Geschäfte des betreffenden Handelsgewerbes erleichternde sind, oder wenn jene Geschäfte lediglich nach den von der Hauptniederlassung genau gegebenen Anweisungen oder nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts abgeschlossen werden (R.O.H. XIV, 402, Hahn Art. 21 §. 2). Bloße Niederlagen, Schuppen, Speicher u. dergl. zur Lagerung und Aufbewahrung von Waren, auch Fabriken ohne selbständigen Gewerbebetrieb (vgl. R.O.H. XVI, 52) bilden keine (Handels-)Niederlassung.

c. **Beispiele.** Mit Recht folgert eine sächsische Ministerial-Verordnung v. 21. Februar 1862 (Centralorgan 1862, S. 220), daß eine Zweigniederlassung nicht vorhanden ist, wenn an einem anderen Orte als dem der Hauptniederlassung lediglich **Warenniederlagen** sich befinden oder der **rein technische Betrieb einer Fabrik** erfolgt. Wenn a. a. O. weiter bemerkt wird: „es macht keinen Unterschied, wenn die an letzterem Ort befindlichen Bediensteten zur Anschaffung von Utensilien für den technischen Betrieb der Fabrik, also zum Abschlusse von Käufen, die an sich (vgl. Art. 273, Abs. 1 u. 2 A.D.H.) keine Handelsgeschäfte sind, ermächtigt sind", so scheint dies nicht richtig zu sein, denn jene Bediensteten schließen diese Käufe für

den Geschäftsinhaber, dessen Eigenschaft als Kaufmann bei dem Vorhandensein eine Hauptniederlassung nicht zweifelhaft ist. Für den Kaufmann aber sind jene Geschäfte nach §. 343 (und früher nach Art. 273) Handelsgeschäfte. Werden also für ihn dergleichen Geschäfte am Orte der Fabrik selbständig und dauernd geschlossen, so hat er allerdings an diesem Orte nicht bloß eine Hilfsstation für sein Hauptgeschäft, sondern eine Zweigniederlassung, welche bei dem für sie zuständigen Gerichte angemeldet werden muß. So ist z. B. eine Zweigniederlassung die von einer Bank-Aktiengesellschaft erworbene und durch einen selbständig Rübenankäufe abschließenden Leiter betriebene Zuckerfabrik (Kammergericht Berlin, v. 24. Mai 1897, Bl.f.Rpfl. S. 81). — Dasselbe gilt für eine **Schiffswerft.** Hahn, Art. 21 §. 2. — Als einzutragende Zweigniederlassungen werden von mehreren Gerichten die **General- (Haupt-) Agenturen und Subdirektionen** (ebenso als Regel, R.O.H. XIV, 402, XVII, 315, implicite auch R.G. II, 389, ferner Johow V, 22) der Versicherungsgesellschaften, welche nicht auf Gegenseitigkeit beruhen, angesehen; dagegen nicht die **Spezial- (Unter-) Agenturen.** Andere Gerichte (vgl. deutsche Gerichtszeitung 1873 Nr. 51) verwerfen diese Unterscheidung und nehmen eine Zweigniederlassung nur dann als vorhanden an, wenn die Gesellschaften außerhalb ihres Sitzes noch einen zweiten Wohnsitz im rechtlichen Sinne nehmen — was ihnen nach den landesherrlich genehmigten Statuten selten gestattet ist. — Die einzelnen **Stationen einer Eisenbahn,** selbst die Hauptstationen, an denen sich Bahnhöfe befinden, werden nach herrschender Ansicht nicht als Zweigniederlassungen angesehen. (R.O.H. XIV, 420: weil Fahrkartenverkauf und Abschluß von Frachtverträgen nur nach bestimmten Schematen des Vertragsinhalts erfolgt; R.G. II, 387: keine „Niederlassung", weil die einzelne Station durch den von ihr eingegangenen Beförderungsvertrag eine dem Geschäftskreise des Gesamtunternehmens angehörige, nicht aber eine dem Geschäftskreise der Station eigentümliche Leistung verspreche und weil die Station auch ihrer äußeren Erscheinung nach keine vom Geschäftskreise des Ganzen abgegrenzte gewerbliche Stellung einnehme. Hahn, Art. 21 §. 2. — Dagegen Dietrich in Busch I, 144). — Anders, wenn die Stationsverwaltung ein dem eigentlichen Zweck des ganzen Unternehmens fremdes Nebengewerbe betreibt (R.G. II, 391).

II. **Anmeldung, Zeichnung, Einreichung und Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung.**

a. **Form.** Dieselbe richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften in §. 12.

b. **Inhalt.** In der Regel soll der Inhalt derselbe sein, wie bei dem Gericht der Hauptniederlassung. Die Anmeldung u. s. w. bei letzterem unterliegt verschiedenen Vorschriften, je nachdem, ob es sich um einen Einzelkaufmann (§. 29) oder um die verschiedenen Formen der Gesellschaft handelt. Abweichende Vorschriften für die Anmeldung u. s. w. bei dem Gericht der Zweigniederlassung sind vorgesehen für einzelne Anmeldungen u. s. w. bei juristischen Personen (§. 33 Abs. 2), A.G. (§. 201, §. 207 Abs. 4, 5, §. 286) und K.A.G. (§. 320 Abs. 3, §. 333 Abs. 1). — Es soll vorgeschrieben werden, daß bei dem Register der Hauptniederlassung die Eintragung einer Zweigniederlassung und deren Aufhebung eingetragen werde (Entw. §. 127 Ges. über Angel. d. freiw. Gerichtsbark.).

c. **Mehrere Niederlassungen innerhalb des Bezirks desselben Registergerichts.** Der §. 13 verlangt nur eine Anmeldung u. s. w. bezüglich derjenigen Zweigniederlassungen, welche im Bezirk eines anderen Registergerichts liegen als demjenigen der Hauptniederlassung. Entsprechend wird für mehrere Zweignieder-

lassungen innerhalb des Bezirks desselben Registergerichts die Anmeldung u. s. w. auch nur einmal zu erfolgen haben. Dagegen Denkschr. 26: „Einer besonderen Vorschrift darüber, daß auch die Errichtung einer Zweigniederlassung, die sich in dem Bezirke des Registergerichts der Hauptniederlassung befindet, bei diesem Gerichte zur Eintragung anzumelden ist, bedarf es nicht. Die Verpflichtung zur Anmeldung ergiebt sich aus §. 13 Abs. 1 in Verbindung mit §. 28 (jetzt 29), wonach auch der Ort der Niederlassung angemeldet und eingetragen werden soll. Das Nähere über die Art einer solchen Eintragung kann den Ausführungsvorschriften überlassen bleiben." Ort in §. 29 bedeutet aber nicht etwa Straße und Hausnummer, sondern die Bezeichnung eines größeren Bezirks, welcher in der Regel Teile von mehr als einer Gemeinde umfaßt.

d. **Mehrere selbständige Gewerbebetriebe desselben Inhabers.** Der §. 13 Abs. 1 ist einschränkend dahin auszulegen, daß für eine Zweigniederlassung nicht auch diejenigen Anmeldungen u. s. w. zu bewirken sind, welche bei dem Gerichte der Hauptniederlassung bezüglich eines anderweiten, selbständigen Gewerbebetriebes desselben Inhabers der Firma erfolgt sind.

e. **Versäumung der Anmeldung u. s. w.** Unterbleibt die Anmeldung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung, so hat dies Ordnungsstrafen zur Folge (§. 14), ist aber von keinem Einflusse auf die Wirksamkeit derjenigen Rechtsakte, bei denen die Eintragung in das Handelsregister begründende Wirkung hat. In diesen Fällen entscheidet die Eintragung in das Handelsregister desjenigen Gerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz (ihre Hauptniederlassung) hat (§§. 200, 277 Abs. 3, 304 Abs. 4). Auch der in §. 5 bestimmte Ausschluß des Gegenbeweises in den dort genannten Fällen ist nur an die Bedingung geknüpft, daß die Firma „im Handelsregister," nicht, daß sie im Register des betreffenden Registergerichts eingetragen sei.

f. **Reihenfolge.** Die Vorschrift in §. 13 Abs. 2 wurde aufgenommen, um den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, welche dadurch entstehen würden, daß die Eintragung einer Gesellschaft, deren Entstehung davon abhängt, daß ihre Eintragung bei demjenigen Gerichte erfolgt ist, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, dort unterlassen und bei dem Gerichte einer Zweigniederlassung erfolgt ist. P. 4661. Wohl auch künftig (für das bisherige Recht Johow XIV, 244, XV, 13) kann Eintragung im Register der Zweigniederlassung allein, ohne vorherige Eintragung im Register der Hauptniederlassung erfolgen, wenn die Eintragung ausschließlich die rechtlichen Beziehungen der Zweigniederlassung betrifft, z. B. eine getrennte Weiterveräußerung derselben.

g. **Ausländische Hauptniederlassung.** Ist dem ausländischen Recht die durch das deutsche Recht vorgeschriebene Eintragung der Hauptniederlassung unbekannt, so wird dadurch zwar der Eintragungszwang nicht beseitigt, auf die Eintragung findet aber §. 13 Abs. 3 keine Anwendung (Denkschr. 27). In diesem Falle ist daher auch ohne vorherige Eintragung der Hauptniederlassung die inländische Niederlassung, und zwar als Zweigniederlassung (Johow III, 12), einzutragen. Durch §. 13 Abs. 2 kommen auch diejenigen Vorschriften einzelner Einführungsgesetze in Wegfall, nach welchen die inländischen Bevollmächtigten aller oder einzelner Arten von ausländischen Handelsgesellschaften ohne Rücksicht darauf, ob eine Zweigniederlassung vorliegt, eingetragen werden sollen (Denkschr. 27). Die ausländische Firma muß, um im Inlande als Firma einer Zweigniederlassung eingetragen werden zu können, eine nach §§. 18 ff. oder §§. 21 ff. zulässige sein (Johow XIV, 13 scheint nur eine nach §§. 18 ff. zulässige gestatten zu wollen; im übrigen ist die dort für das bisherige Recht begründete Ansicht auch für das H.G.B. zu billigen). Ist diese Bedingung nicht erfüllt, so muß für die Zweig-

niederlassung eine neue Firma gewählt, und es kann durch einen Zusatz auf die Zusammengehörigkeit mit der Hauptfirma hingewiesen werden (Johow XIV, 10). Besondere Bestimmungen für A.Gen. u. A.K.Gen in §. 201 Abs. 5. Über die Rechte ausländischer Gesellschaften im Inlande §. 6 Anm. IV.

h. **Firma der Zweigniederlassung.** Die Zulässigkeit einer Verschiedenheit der Firma von Haupt- und Zweigniederlassung oder auch der verschiedenen Zweigniederlassungen folgt aus §. 50 Abs. 3. (Ebenso für das bisherige Recht: Johow XII, 33, XIV, 12.) Wenn die Firma der Hauptniederlassung sich nicht deutlich von anderen Firmen am Ort der Zweigniederlassung unterscheiden würde, so muß ein unterscheidender Zusatz in die Firma der Zweigniederlassung aufgenommen werden (§. 30 Abs. 3). Vgl. §. 30 Anm. III, §. 22 Anm. I d.

§. 14. **Ordnungsstrafe.**

Wer verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen, ist hierzu von dem Registergerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

A.D.H. Art. 26, 45 u. a. **Entw.** I §. 13. **Entw.** II §. 14.

§. 14.

I. **Verfahren.** Das Verfahren soll im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Entwurf §. 129 ff.) geordnet werden. — Der leitende Gedanke für die Einführung der Ordnungsstrafen besteht in einer dem Gericht zugewiesenen Art von Disziplinargewalt über die Kaufleute zur Erzwingung der mit Führung des Handelsregisters in Beziehung stehenden Vorschriften. Mot. z. Preuß. Einf.-Ges. v. 1861 S. 15. Dem Registergericht ist jedoch keine allgemeine Befugnis zur Festsetzung von Ordnungsstrafen verliehen, diese Macht ist ihm vielmehr nur für bestimmte Fälle erteilt (Johow I, 11).

II. **Ausnahmen von der Befugnis zur Verhängung von Ordnungsstrafen** bei unterbliebener Anmeldung u. s. w. sind bestimmt für die K.G. (§. 175) im Fall der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage der Kommanditisten, für die A.G. (§. 319 Abs. 2) und K.A.G. (§. 320 Abs. 3, §. 325 Ziff. 9) bei Anmeldung der Gesellschaft (§. 195 Abs. 1), Abänderung des Gesellschaftsvertrages (§. 277 Abs. 1), Beschluß über die Erhöhung (§. 280 Abs. 1) und erfolgte Erhöhung (§. 284 Abs. 1) des Grundkapitals, Übernahme des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes durch das Reich, einen Bundesstaat, einen inländischen Kommunalverband (§. 304 Abs. 3) oder eine andere A.G. (§. 305 Abs. 2). In diesen Fällen handelt es sich um Eintragungen, welche die Voraussetzung für die Wirksamkeit gewisser an sich freiwilliger Rechtsakte bilden und deshalb nicht durch Strafen erzwungen werden können (Denkschr. 27).

§. 15.

Wirkung der Nichteintragung und Eintragung.

Solange eine in das Handelsregister einzutragende Thatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

Ist die Thatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.

A.D.H. Art. 25, 46 u. a. **Entw. I** §. 14. **Entw. II** § 15.

§. 15.

I. **Eintragung.** Unter „Eintragung" im Sinne des §. 15 ist auch die einzutragende Löschung mitbegriffen.

II. **Erforderter ursächlicher Zusammenhang zwischen Eintragung oder Nichteintragung und Verhalten des Dritten?** Die Denkschr. 28 führt aus: Der §. 15 enthält eine Verallgemeinerung der Grundsätze, welche das A.D.H. für einzelne bestimmte Fälle aufgestellt hatte. Jene Fälle bezogen sich auf die Eintragung gewisser Thatsachen, durch welche eine Haftbarkeit ausgeschlossen wird, die ohne den Eintritt der betreffenden Thatsache an sich begründet sein würde. Diese Fälle bleiben auch künftig für die Anwendung die wichtigsten. In Folge der allgemeinen Fassung kommen aber künftig noch andere Fälle in Betracht, z. B. wenn ein neu eingetretener aber noch nicht eingetragener Gesellschafter einem Gesellschaftsschuldner ein Darlehn kündigt und letzterer sich auf §. 15 Abs. 1 beruft. „Der Natur der Sache nach beschränkt sich aber die Anwendbarkeit des §. 15 auf Fälle, in welchen die Kenntnis der einzutragenden Thatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflußten Rechte oder Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann. Dies ergiebt sich schon aus dem Zwecke der im §. 15 enthaltenen Vorschriften, außerdem auch aus der Wirkung, welche darin der nachgewiesenen Kenntnis, bezw. unverschuldeten Unkenntnis des Dritten beigelegt wird. Soweit die bezeichnete Voraussetzung ausgeschlossen erscheint, ist für die Bestimmung des §. 15 kein Raum. Wenn z. B. durch die scheu werdenden Pferde des Geschäftswagens einer offenen Handelsgesellschaft ein Schaden angerichtet wird, so kann der Geschädigte nicht etwa einen zur Zeit des Unfalles bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter deswegen in Anspruch nehmen, weil das Ausscheiden desselben zu der fraglichen Zeit noch nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht war; denn es fehlt in diesem Falle an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters." — Diese — sachlich wünschenswerte — Beschränkung ist mit dem jetzigen Wortlaut des §. 15 schwer zu vereinen. Nimmt man sie aber an, so muß man folgerichtig nicht nur mit der Denkschrift den Beweis zulassen, daß die Kenntnis der einzutragenden Thatsache für das Verhalten des Dritten nicht von Bedeutung sein *konnte*, sondern auch den Beweis, daß, wenn sie auch an sich von Bedeutung sein *konnte*, sie es doch im *Einzelfall* nicht *war*, also z. B. auch bei Rechtsgeschäften mit dem Dritten im Fall des §. 15 Abs. 1 den Gegenbeweis, daß der Dritte auch die *bisherige* Eintragung nicht kannte, durch welche diejenige Haftung begründet wurde, die infolge späterer nicht eingetragener Änderung erlosch.

III. **Rechtsfolge der Eintragung und Bekanntmachung.** Nur die Eintragung *und Bekanntmachung* hat die im §. 15 bestimmten Wirkungen. Diese **Wirkungen** treten nur in den Beziehungen des *Privatrechts* ein und berühren nicht **öffentlich**-rechtliche Verhältnisse (vgl. §. 5 Anm. II). — Über entsprechende Anwendung bei **Minder**kaufleuten R.G. XII, 12.

A. **In der Regel hat die Eintragung und Bekanntmachung nur erklärende Wirkung,** *sie ist nur erheblich für die Frage des guten Glaubens eines Dritten und für die Verteilung der Beweislast bezüglich dieses* **guten** *Glaubens.* Durch die Eintragung wird dann nur bewiesen, daß durch **die** An-

meldenden gewisse Erklärungen abgegeben sind; dagegen werden die Thatsachen, auf welche jene Erklärungen sich beziehen, durch die Eintragung an sich nicht bewiesen (R.G. in Strfs. XVIII, 180; vgl. §. 12 Anm. IIa), wenngleich in manchen Fällen die Erklärung die betreffende Thatsache enthält, oder der Erklärende die letztere Dritten gegenüber als wahr gegen sich gelten zu lassen hat (R.G. I, 243).

Die Bestimmungen des §. 15 beziehen sich nur auf die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung in diesem **regelmäßigen** Falle.

a. **Einzutragende aber nicht eingetragene oder nicht bekannt gemachte Thatsache.** Der Fall des §. 15 Abs. 1. Soll dem Dritten eine solche Thatsache entgegengesetzt werden, so muß der Entgegensetzende beweisen, daß sie dem Dritten bekannt war. Unerheblich ist, ob zutreffend angemeldet ist; eine zutreffende Anmeldung genügt nicht, falls demnächst die Eintragung oder Bekanntmachung, sei es auch nur durch Versehen des Registerrichters, unterblieben ist (R.O.H. XXIII, 280. Vgl. auch R.G. XX, 175). Einzelne hierher gehörige Fälle sind etwas abweichend besonders geregelt: z. B. muß eine Abweichung von der gesetzlich vermuteten Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten und -Forderungen durch den die Firma fortführenden Erwerber eines Handelsgeschäfts eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten von einem Beteiligten mitgeteilt sein (§. 25 Abs. 2, §. 28 Abs. 2); für den Ausschluß der unbeschränkten Haftung des dem Geschäftsbeginn einer K.G. zustimmenden Kommanditisten genügt, daß die Gesellschaft als K.G. eingetragen ist (ohne Rücksicht auf Bekanntmachung) oder daß seine Beteiligung als Kommanditist dem Dritten bekannt war (§. 176).

b. **Einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Thatsache.** Der Fall des §. 15 Abs. 2. „Kennenmüssen" ist „Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit" (B.G. §. 122). Eine besondere Erkundigungspflicht ist nicht vorgeschrieben, wohl aber eine Beachtung der allgemein zugänglichen Erkenntnisquellen (O.L.G. Hamburg v. 29. Januar 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 477). Es muß sich um eine einzutragende Thatsache handeln. Das „ist die Thatsache eingetragen" weist zurück auf das „**einzutragende** Thatsache" in Abs. 1. Hieraus folgt, daß §. 15 Abs. 2 nur anwendbar ist, wenn die eingetragene Thatsache 1. richtig, 2. eintragungspflichtig ist. Auch §. 15 Abs. 2 betrifft trotz seiner weiteren Fassung nur das Verhältnis des Eintragungspflichtigen zum Dritten, nicht aber das Verhältnis zweier Dritter untereinander (P. 928).

c. **Nicht einzutragende eingetragene und bekannt gemachte Thatsache.** Dieser Fall ist in §. 15 nicht erwähnt. Die in den einzelnen Fällen eintretenden Folgen sind aus dem Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften des B.G. über Vorsatz und Fahrlässigkeit abzuleiten.

1. Ist die eingetragene Thatsache sachlich unrichtig, so können beide Parteien dies geltend machen. Beruht die falsche Eintragung auf schuldhaft falscher Anmeldung, so sind die Anmeldenden schadensersatzpflichtig (B.G. §§. 276, 823); ihre Anmeldung zum Zweck der Eintragung kann aber unter Umständen auch als eine Willenserklärung gegenüber dem Publikum mit geheimem Vorbehalt aufgefaßt werden, und dann sind sie so zu behandeln, als wäre die fälschlich angemeldete Thatsache richtig (B.G. §. 116. R.O.H. III, 412: es ist Zweck der Eintragungsvorschriften, die Anmeldenden Dritten gegenüber bei demjenigen festzuhalten, was auf Grund ihrer Erklärungen eingetragen ist; R.O.H. XXIV, 320). Beruht die falsche Eintragung auf Versehen des Richters so hat dies keine Wirkung im Verhältnis der Parteien zu einander — es sei denn die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Irrtums (B.G. §. 119) oder ähnliche Rechtsbehelfe (R.O.H. XXIII, 286: die Eintragung ist nur die Bekundung einer abgegebenen Erklärung zu öffentlichem Glauben, sie

setzt das Vorhandensein der Erklärung voraus, ersetzt dieselbe aber nicht; der Eintragung fehlen die ihr vom Gesetz beigelegten Wirkungen, wenn sie Nichterklärtes als erklärt oder das Erklärte unrichtig bekundet. R.G. XX, 167).

2. Ist die eingetragene Thatsache nicht eintragungspflichtig (und daher auch nicht eintragungsfähig; §. 12 Anm. II c), so übt eine dennoch erfolgte Eintragung keine Wirkungen für die Frage, ob eine der Parteien sie gegen sich gelten lassen muß, es müßte denn etwa auch hier ein Verschulden oder ein geheimer Vorbehalt (vgl. Anm. III A c 1) in Betracht kommen, oder es müßte die Eintragung die Kenntnis der Thatsache für den Dritten vermittelt haben und diese Kenntnis im Einzelfall erheblich sein. Eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht gegenüber Dritten (z. B. in den Fällen des Prokuristen, §. 50, des Vorstandes der A.G. §. 235 Abs. 2) bleibt unwirksam trotz Eintragung (R.O.H. VI, 140).

B. **In einigen Ausnahmefällen begründet die Eintragung** (auch ohne hinzutretende Bekanntmachung) **eine unwiderlegbare Vermutung** für das Vorliegen einer Thatsache, bei deren Nichtvorhandensein die Eintragung unzulässig gewesen wäre. Hierüber vgl. §. 5. Hierher gehört auch der Fall des §. 123 Abs. 3 (Unwirksamkeit gegenüber Dritten, falls vereinbart, daß die offene Handelsgesellschaft erst später als mit der Eintragung beginnen solle).

C. **In anderen Ausnahmefällen hat die Eintragung** (gleichfalls ohne Rücksicht auf eine etwa hinzutretende Bekanntmachung) **begründende Wirkung.** Die Hauptfälle sind die Begründung der A.G. u. A.K.G. (§. 200, 320 Abs. 3), der Genossenschaft (§. 13 Ges. v. 1. Mai 1889, Art. 10 I Einf.-Ges. z. H.G.B.), der Ges. m. beschr. Haftung (§. 11 Ges. v. 20. April 1892, Art. 11 V Einf.-Ges. z. H.G.B.), Abänderung des Gesellschaftsvertrages der A.G. u. A.K.G. (§. 277 Abs. 3), der Genossenschaft (§. 16 Abs. 4 Genossenschges., Art. 10 II Einf.-Ges. z. H.G.B.), der Gesellschaft m. beschr. Haftung (§. 55 Ges. v. 20. April 1892, Art. 11 XII Einf.-Ges. z. H.G.B.), Übernahme des Vermögens der A.G. u. A.K.G. als Ganzes (§. 304 Abs. 4, §. 306 Abs. 1), Erwerb der Mitgliedschaft als Genosse (§. 15 Ges. v. 1. Mai 1889).

D. **In einzelnen Fällen werden noch andere Folgen an die erfolgte Eintragung geknüpft.** Z. B. §. 26 Abs. 2, §. 159 Abs. 2 (Beginn einer Verjährungsfrist), §. 32 (Eintragung der Konkurseröffnung), §. 287 (Zulässigkeit der Ausgabe von Aktien u. Interimsscheinen auf das erhöhte Grundkapital der A.G. u. A.K.G. erst nach Eintragung der erfolgten Erhöhung). Vgl. auch oben Anm. III A a.

IV. **Zweigniederlassung.** Die im §. 15 Abs. 3 geregelte Frage war bisher bestritten, und für Einzelfälle war im Gesetz der dem §. 15 Abs. 3 entgegengesetzte Grundsatz ausgesprochen. Die Regel des §. 15 Abs. 3 erstreckt sich nicht auf die Fälle, in welchen die Eintragung begründende Wirkung hat; für jene Fälle ist durch besondere Vorschriften (§§. 200, 277 Abs. 3, 304 Abs. 4) nur das Handelsregister am Sitze der Gesellschaft für entscheidend erklärt (Denkschr. 29). Vgl. §. 13 Anm. II e.

§. 16.

Prozeßgericht und Handelsregister.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältniß, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Betheiligten festgestellt, so genügt zur Eintragung die Anmeldung der übrigen Betheiligten.

Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist dies auf Antrag eines der Betheiligten in das Handelsregister einzutragen.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt, so darf die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

A.D.H. — **Entw. I** §. 15. **Entw. II** §. 16.

§. 16.

I. **Entscheidung des Prozeßgerichts.** „Entscheidung" umfaßt alle Formen der Anordnung, nicht nur Urteil, sondern auch z. B. einstweilige Verfügung. Schon eine vorläufig vollstreckbare Entscheidung genügt. Ob die Entscheidung die Verpflichtung zur Anmeldung oder das einzutragende Rechtsverhältnis selbst feststellt, begründet keinen Unterschied. Nicht eine Entscheidung in Form der „Feststellung" nach §. 231 C.P.O. allein ist gemeint, sondern auch Entscheidungen, die zur Vornahme der Anmeldung verurteilen, sowie einstweilige Verfügungen, die selbst in das streitige Rechtsverhältnis rechtserzeugend eingreifen, z. B. einem Gesellschafter einstweilen die Vertretungsbefugnis beschränken oder entziehen (Denkschr. 30).

II. **Feststellung einer Verpflichtung zur Eintragung.** Der §. 16 Abs. 1 betrifft nur Fälle, in denen zur Anmeldung mehrere mitwirken müssen. Wer, ohne zur Mitwirkung bei der Anmeldung berufen zu sein, an einer Eintragung sonst ein Interesse hat, z. B. der Pächter eines Handelsgeschäfts, dem sich der Inhaber der Firma zur Erteilung der Prokura verpflichtet hat, oder der Kaufmann, der mit dem Inhaber einer ähnlich lautenden Firma vereinbart hat, daß dieser seine Firma ändere, kann die Eintragung auf Grund des §. 16 nicht herbeiführen (Denkschr. 31). — **Soweit die Voraussetzungen des §. 16 Abs. 1 nicht vorliegen,** bleibt — wie bisher nach dem A.D.H. — streitig, inwieweit der Registerrichter einer Entscheidung des Prozeßgerichts Folge geben muß. Die Entscheidung des Prozeßgerichts schafft in der Regel nur Recht zwischen den Parteien, bindet aber nicht unmittelbar den Registerrichter (Denkschr. 29, Johow IV, 36). Falls eine Anmeldung seitens des Verpflichteten nicht nach §. 779 C.P.O. als erfolgt gilt, muß sie erst besonders erzwungen werden. In allen Fällen hat aber der Registerrichter dann noch zu prüfen, ob die so ergänzte Anmeldung zur Eintragung genügt, oder ob Bestimmungen des öffentlichen Rechts oder Rechte Dritter entgegenstehen (§. 12 Anm. IIc). Daher ist auch eine Entscheidung des Prozeßgerichts, welche den Widerspruch einer Partei gegen die beabsichtigte Eintragung für unbegründet erklärt, für das Registergericht nicht bindend; auf diesem Wege könnten sonst durch Einverständnis der Parteien unzulässige Eintragungen herbeigeführt werden (Denkschr. 31). Dagegen muß das Prozeßgericht auch außerhalb der Fälle des §. 16 auf Grund der allgemeinen Vorschrift der §§. 814, 819 C.P.O. für befugt erachtet werden zum Erlaß einstweiliger Verfügungen auch mit Bezug auf Eintragungen im Handelsregister. Bei dem Erlaß einstweiliger Verfügungen hat das Gericht die Stellung der vorbeugenden Polizei und ist nicht durch die Anträge der Parteien gebunden; das öffentliche Interesse ist daher hierbei in der Hand des Prozeßgerichts ebenso sicher wie in derjenigen des Registergerichts, und da das Registergericht einstweilige Verfügungen nicht erlassen kann, so würde die gegenteilige Ansicht zu dem unzweckmäßigen Ergebnis führen, daß eine Vorbeugung auf diesem Gebiete überhaupt abgeschnitten wird. Über Anordnung von Vormerkungen s. §. 8 Anm. II.

III. **Feststellung der Unzulässigkeit einer Eintragung.** Der §. 16 Abs. 2 bezieht sich nur auf bevorstehende, nicht auf bereits erfolgte Eintragungen. Anwendungsfälle sind z. B., wenn das Prozeßgericht die Eintragung einer unbefugt geführten Firma

(§. 37 Abs. 2) oder eines von einem Aktionär angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses (§. 271) verbietet. Im Gegensatz zu den Fällen des Abs. 1 ist in den Fällen des Abs. 2 auch der Widerspruch eines bei der Vornahme der Anmeldung nicht beteiligten Dritten zu berücksichtigen (Denkschr. 31).

Anhang zum zweiten Abschnitt.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Entwurf desselben ist dem Reichstag zugegangen. (Drucksachen des Reichstags, 9. Legislaturperiode. V. Session 1897/98 No. 21.) Abschnitt Sieben dieses Gesetzentwurfs betrifft „Handelssachen". Die endgiltige Fassung dieses Gesetzesabschnitts wird voraussichtlich vor §. 105 H.G.B. zum Abdruck gebracht werden können.

Dritter Abschnitt.

Handelsfirma.

I. Begriff der Firma. §. 17.

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt.

Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden.

A.D.H. Art. 15. **Entw. I** §. 16. **Entw. II** §. 17.

§. 17.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Die ältere Gesetzgebung in Preußen regelte dies Gebiet nur unvollständig. Das A.L.R. enthielt in den §§. 504 ff., 620 ff. u. 777, T. II, Tit. 8 nur wenige Bestimmungen über das Firmenwesen, und das Rheinische H.G.B. sprach nur von den Firmen der Gesellschaften. — Der §. 17 Abs. 1 ist fast wörtlich gleichlautend mit Art. 15 A.D.H. Der §. 17 Abs. 2 ist neu hinzugefügt zur Beseitigung einer Streitfrage, welche vom Preußischen Obertribunal (Str. Bd. 58 S. 159, Bd. 63 S. 86) und vom R.O.H. (III, 410, X, 411, XIV, 307, XXIII, 101) schon früher in gleichem Sinne entschieden worden war. — Der Antrag, nur Firmenbezeichnungen in deutscher Sprache zuzulassen, wurde abgelehnt (K.B. 12. Vgl. §. 18 Anm. Ib).

II. **Wirkung der Eintragung auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen des H.G.B. über Firmen.**

a. **Eingetragene Firma.** Nach §. 5 besteht zu Gunsten desjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, die unwiderlegbare Vermutung, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein an sich firmenfähiges Handelsgewerbe ist. Eine weitergehende Wirkung der Eintragung besteht nicht, da die Regel der nur erklärenden Wirkung der Eintragungen (§. 15 Anm. III) Platz greift. Mithin kann trotz der Eintragung eingewendet werden, daß der Firmenführende nicht zur Führung dieser Firma berechtigt sei, oder daß er (z. B. wegen Rechtsunfähigkeit oder wegen Geschäftsunfähigkeit bei mangelnder Vertretung) überhaupt nicht zur Firmenführung aus Gründen, welche in seiner Person liegen, befugt sei, oder daß die Firma eine aus formellen Gründen unzulässige sei, oder endlich, daß die Firma trotz Versäumung der Löschung im Handelsregister aufgegeben (R.G. XXII, 60) und daher durch Nichtgebrauch das Firmenrecht erloschen sei (RG. XXIX, 69). Auch die Vermutung des §. 5 gilt aber nur bezüglich der privatrechtlichen Ver-

hältnisse (§. 5 Anm. II); mithin kann trotz des §. 17 Abs. 2 selbst gegenüber der Klage einer eingetragenen Firma oder gegenüber der Klage gegen eine eingetragene Firma der Richter (nicht die Gegenpartei), selbstverständlich nur wenn besondere Gründe zum Zweifel vorliegen, den Nachweis fordern, daß die klagende bezw. beklagte Firma die Firma eines Vollkaufmanns ist; denn anderenfalls würde ihr die Prozeßfähigkeit mangeln (§. 54 C.P.O.). — Die Eintragung einer Firma bewirkt nicht die Schaffung einer öffentlichen Beglaubigung für die Berechtigung des eingetragenen Inhabers zur Führung jener Firma (R.G. XXV, 5). In einigen anderen Gesetzen sind der Eintragung einer Firma noch andere besondere Wirkungen beigelegt: Das Abzahlungsgesetz findet keine Anwendung wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist (Ges. v. 16. Mai 1894 §. 8, R.G.Bl. 451); mit einigen Ausnahmen nur eingetragene Kaufleute wählen zur Handelskammer (Preuß. Ges. v. $\frac{\text{24. Febr. 1870, G.S. 134}}{\text{19. Aug. 1897, G.S. 355}}$, §. 3; vgl. auch §. 7 betreffend Wählbarkeit); nur wer als Kaufmann oder Vorstand einer A.G. eingetragen ist oder war, kann zum Handelsrichter ernannt werden (§. 113 G.V.G.).

b. **Nichteingetragene Firma.** Eine nichteingetragene Firma ist nur dann eine „Firma" im Sinne des H.G.B., wenn es die Firma eines nach **§. 1** als **Voll**handelsgewerbe eintragungsfähigen Betriebes ist (daß sie in diesem Falle trotz Nichteintragung eine „Firma" ist, folgt aus dem Grundsatz der nur erklärenden Wirkung der Eintragung, §. 15 Anm. III, R.O.H. III, 414, R.G. XIV, 19, Johow V, 24), nicht auch, wenn ein nach **§. 2 oder §. 3** eintragungsfähiger Betrieb oder der Betrieb eines Minderkaufmanns (§. 4) vorliegt (dies folgt aus dem Wortlaut des §. 2 und aus §. 4 Abs. 1. Für §. 4 Abs. 1: Johow V, 25). Ebensowenig, wenn die Firma diejenige einer solchen Gesellschaft ist, welche erst durch Eintragung begründet werden kann (§. 15 Anm. III C) und noch nicht als derartige Gesellschaft eingetragen ist. Endlich nicht, wenn es sich um die Firma eines Nichtkaufmanns handelt. Auf solche Firmen, welche nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind, finden die Vorschriften desselben über Firmen keine Anwendung. Die Begriffsbestimmung in §. 17 ist mithin, da sie durch §. 4 Abs. 1 eingeengt wird, dahin zu beschränken: „Die Firma ist der Name, unter dem ein Vollkaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt." Auch der Absatz 2 des §. 17 findet nur auf Firmen von Vollkaufleuten Anwendung. (In demselben beschränkten Sinne ist wohl die Erwähnung der „Firma" in §§. 13, 14 Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894, R.G.Bl. 441 und in §. 8 Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896, R.G.Bl. 145 zu verstehen. Vgl. R.G. I, 26.) Diejenigen nichteingetragenen Firmen, welche nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind, genießen einen Schutz nur, soweit sie mit dem Namen übereinstimmen (B.G. §. 12, Warenzeichenges. §. 14, Wettbewerbsges. §. 8), sonst nur als „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines Unternehmens" gemäß Wettbewerbsges. §. 8, unter Umständen auch gemäß Warenzeichenges. §. 15. Sie können ohne die im H.G.B. vorgesehenen Beschränkungen im Privatverkehr geführt und veräußert werden, können jedoch (eine wirtschaftlich unerwünschte Folge; vgl. H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 7) seitens des Erwerbers nur dann zur Eintragung gebracht werden, wenn in seiner Person die Vorschriften des H.G.B. über die Form der entstehenden Firmen erfüllt sind (Johow XIII, 24). Es ist wohl nicht mit dem R.G. IX, 105 anzunehmen, daß ein Gewerbetreibender sich nur solcher Bezeichnungen bedienen könne, welche

die Gesetze gestatten; vielmehr erscheint umgekehrt jeder berechtigt, sich auf jede Weise zu bezeichnen außer soweit ein ausdrückliches gesetzliches Verbot entgegensteht. — Ein vor der Civilkammer eines Landgerichts Beklagter, welcher nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann nicht einen Antrag auf Verweisung vor die Handelskammer darauf stützen, daß er Kaufmann sei (G.V.G. §. 104).

c. **Gelöschte Firma.** Die gelöschte Firma eines Vollkaufmanns gemäß §. 1 bleibt trotz der Löschung und sogar trotz der etwaigen Erklärung des Berechtigten, sie sei erloschen, eine „Firma" im Sinne des H.G.B., solange nicht der unter der Firma erfolgende Gewerbebetrieb eingestellt wird (R.O.H. X, 292); es ist ein Fall einer nicht eingetragenen Firma (oben Anm. II b). Über die Wirkung der Löschung in den Fällen der §§. 2—4 vgl. §. 5 Anm. III.

III. **Firma.**

a. **Unterschied der Firma von Geschäftsbezeichnungen.** Die Firma ist nach §. 17 derjenige Name, unter welchem der Kaufmann nicht nur Handel treibt, sondern mit welchem er auch unterschreibt. Nun ist zwar das Unterschreiben mit der Firma üblich; in Ausnahmefällen kommt es jedoch vor, daß die Firma zwar im Geschäftsbetriebe gebraucht (§. 37 Anm. I b), daß aber dennoch nicht mit ihr unterschrieben wird. Hierdurch hört sie nicht auf, eine Firma zu sein. Die Firma ist zu unterscheiden von bloßen Geschäftsbezeichnungen, obgleich die Grenze schwer zu ziehen ist. Die Geschäftsbezeichnung dient — im Unterschied zu dem gewöhnlich vorhandenen Merkmal der Firma — nicht als Unterschrift des Firmeninhabers (anderenfalls ist sie Firma). Sie besteht meist neben der Firma und unterscheidet sich von den gewöhnlichen Firmen auch ihrem Inhalt nach dadurch, daß sie keine Namen gegenwärtiger oder früherer Inhaber enthält. Sie gleicht insofern den Zusätzen zur Firma (§. 18 Abs. 2), nur daß sie nicht wie jene Zusätze Teil der Firma wird. Solche Geschäftsbezeichnungen sind, soweit das Merkmal des Unterschreibens nicht eintrifft, z. B. die Bezeichnungen der Wirts- und Gasthäuser, der Apotheken, der Kaufhäuser. Über den Verkehr mit diesen Geschäftsbezeichnungen und ihren Schutz gilt dasselbe wie bezüglich der nichteingetragenen Firmen, welche nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind (oben Anm. II b). Vgl. auch R.G. IX, 106. Über die Frage, ob Geschäftsbezeichnungen als Zusätze in die Firma aufgenommen werden können s. Litteratur zusammengestellt in Johow X, 16.

b. **Rechtliche Bedeutung der Firma.** Der Inhalt des §. 17 Abs. 1 wird auch kürzer dahin ausgedrückt: „Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns" (P. 34). Die Firma ist, wie der Name, eine rein äußerliche, thatsächliche Bezeichnung, sie ist nicht etwa die Vertreterin einer besonderen, aus der betreffenden Vermögensmasse bestehenden juristischen Person, sie bildet oder vertritt keinerlei Rechtspersönlichkeit neben dem Geschäftsinhaber oder außerhalb desselben (R.O.H. III, 411), sie ist kein Sachname (R.O.H. II, 50), nicht der Name des Geschäfts (R.G. in Strss. XXIII, 349; die Firma ist daher namentlich auch nicht an Beibehaltung des ursprünglichen Handelszweiges gebunden, a. a. O. 350), und kann, trotzdem sie selbständigen Wert hat, nicht selbständig fortbestehen (R.G. XXIX, 69). Der Geschäftsinhaber (gleichgiltig, ob er als solcher dem Erklärungsempfänger bekannt ist, R.O.H. XVII, 239) wird durch Erklärungen, die er (oder ein von ihm Ermächtigter, R.O.H. V, 265) unter seiner Firma abgiebt, gebunden. Der Gebrauch der Firma bildet aber nur eine Möglichkeit, wie der Geschäftsinhaber sich bezeichnen kann. Steht nur fest, daß er in der That sich bezeichnen wollte, so kann die Bezeichnung privatrechtlich giltig auch in jeder anderen Weise erfolgen (R.O.H. IX, 215), z. B. durch Gebrauch seines gewöhnlichen Namens, durch Gebrauch der Firma in ungenauer Form (z. B. „Gebr. Reichenheim" statt

„Gebrüder Reichenheim", R.O.H. XVI, 209), oder durch Gebrauch mehrerer Firmen. Auch ist es für die Frage, ob der eine Firma zeichnende Kaufmann hierdurch berechtigt und verpflichtet wird, gleichgiltig, ob er zur Führung der Firma privatrechtlich und öffentlichrechtlich befugt ist oder nicht (R.O.H. XVII, 240, XXI, 29, XXII, 72, R.G. XVII, 75). Strengere Grundsätze sind angenommen worden für das Gebiet des Wechselrechts, weil es hier auf strengere Wahrung der Formen ankommt, der Verpflichtungswille nur soweit wirksam ist, wie er auf dem Wechsel Ausdruck gefunden hat, nicht aber aus anderen Umständen zu ergänzen ist. (R.O.H. IX, 328: Wechsel ungiltig, da als Remittentin „Administration des Kursaals in Wiesbaden" statt „Gesellschaft zum Betriebe der Kur-Etablissements in den Badeorten Wiesbaden und Ems" genannt. R.O.H. XII, 173: Annahme durch Zeichnung „Krebs & Lücke" statt „Internationales Auskunfts-Bureau für Geschäfts- und Kreditverhältnisse Krebs & Lücke" genügt nicht. Dagegen genügt, wenn in der Adresse nur „Krebs & Lücke (Hausvoigteipl. 5)" genannt und die Annahme mit vollständiger Firma erfolgt ist (R.O.H. XIV, 172). Ebenso verpflichtet ein Annahmevermerk „Berliner Armee- und Luxus-Waren-Fabrik von J. Robrecht, Kraffert & Komp." die Firma „J. Robrecht, Kraffert & Komp." (Str. Bd. 70, S. 362). R.O.H. XIV, 201: Der Annahmevermerk „Heinr. Bruger in Firma Bruger & Langberg" verpflichtet nicht die Gesellschaftsfirma „Bruger & Langberg". R.O.H. XXI, 29: Bezeichnung der Gesellschafter einer Gesellschaft, welche nicht Handelsgesellschaft ist, mit einem willkürlichen firmenartigen Namen genügt nicht. R.G. XIV, 19: unter „Firma" im Sinne der Wechselordnung kann nur eine den Gesetzen entsprechende Firma verstanden werden). — Da eine Firma losgelöst von dem gewerbetreibenden Kaufmann nicht bestehen kann, so ist auch unzulässig, daß jemand eine Firma (z. B. in der Absicht, sie später zu veräußern, oder in der Absicht, auch ohne Veräußerung seine Firma für den Geschäftsbetrieb eines anderen herzugeben) eintragen läßt ohne selbst das Geschäft unter jener Firma zu betreiben (R.G. III, 120, XXV, 1). Aus demselben Grunde ist die Firma kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensstück und wird nicht Teil der Konkursmasse (R.G. IX, 106); eine Übertragung derselben unterliegt nicht der Anfechtung im Konkurse oder außerhalb des Konkurses (R.G. v. 2. April 1894, J.W. 316, 317 nimmt sogar an, daß auch die vom Dritten durch Führung der Firma gezogenen Nutzungen nicht zurückzugewähren sind). Der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter, ist zur Führung eines das Firmenrecht betreffenden Rechtsstreites befugt (O.L.G. Colmar v. 9. Juni 1893, Z.f.H. Bd. 46, S. 467).

c. **Mehrere Firmen eines Kaufmanns.** In der Nürnberger Konferenz wurde von vielen Seiten anerkannt, daß ein Kaufmann für mehrere Handelsniederlassungen, welche er besitzt, auch verschiedene Firmen zu führen befugt sei. P. 920; ebenso ist die Möglichkeit vorausgesetzt in der Preußischen Instruktion v. 12. Dezb. 1861 (J.M.Bl. 328) Teil I, §§. 30, 41 und in §. 50, Abs. 3 H.G.B. Dahingestellt bei Johow XIV, 35. Anerkannt für mehrere in ihrem Betriebe von einander geschiedene Geschäfte: R.G. in Strfs. V, 408, XXIII, 349. Vgl. auch §. 13, Anm. I a und II b. — Solche mehrere Firmen eines Einzelkaufmanns können zwar besondere Vertreter für ihre Geschäftskreise haben und untereinander in das Verhältnis eines Anweisenden zum Anweisungsempfänger treten (R.O.H. XX, 36), bilden aber nicht ebenso viele selbständige Vermögensmassen mit rechtlicher Persönlichkeit; der Inhaber der Niederlassungen muß die Rechtshandlungen, welche er unter der einen Firma vorgenommen hat, auch als Inhaber der anderen Firma vertreten und kann sie nicht als fremde betrachten; die Gläubiger der einen Firma können sich daher auch an das Vermögen der anderen halten (R.O.H. XV, 176,

XX, 36; O.L.G. Hamburg v. 30. Sept. 1889, Z.f.H. Bd. 40 S. 442). Wenn über das Vermögen eines Einzelkaufmanns Konkurs eröffnet und ein Zwangsvergleich geschlossen ist, so ist derselbe für die Gläubiger aller von ihm, wenngleich unter verschiedenen Firmen, betriebenen Geschäfte maßgebend, selbst wenn der Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns nur als Inhabers der einen oder der anderen Firma, weil die anderen Firmen unbekannt blieben, eröffnet war (Str. Bd. 39, S. 105). Die Übertragung einer Forderung seitens einer Firma eines Einzelkaufmanns an eine andere Firma desselben ist keine Abtretung, weil kein Vertrag mit einem anderen (B.G. §. 398, O.L.G. Hamburg v. 25. Oktob. 1886, Z.f.H. Bd. 34 S. 561). Wenn aber auch nach Vorstehendem ein Einzelkaufmann immer nur eine Vermögensmasse haben kann, so ist es bei Gesellschaften möglich, daß dieselben Personen verschiedene selbständige Gesellschaften bilden; ob letzteres der Fall, ist dann Thatfrage und namentlich daraus zu entnehmen, ob thatsächlich verschiedene selbständige Geschäftsbetriebe vorgelegen haben (R.G. XVI, 17); die verschiedenen Gesellschaften, wenn an verschiedenen Orten betrieben, können dieselbe Firma haben (Johow XV, 14). Daß es für eine A.G., K.A.G. oder Ges. m. b. H. unzulässig sei, mehrere Firmen zu führen (so Staub und Johow XIV, 36, XVI, 5) ist nicht zuzugeben. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, welche in dieser Beziehung jene Gesellschaften von den Einzelkaufleuten unterscheidet. Da die Übernahme des zweiten Geschäfts, nicht die Annahme der zweiten Firma, das wirtschaftlich Wesentliche ist, und ersteres jedenfalls erlaubt ist, so ist nicht ersichtlich, wie gerade durch Annahme einer zweiten Firma die wirtschaftlich sichernden Gründungsvorschriften leichter als sonst umgangen werden sollten. Da die Firma im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, so ist allerdings bei Annahme einer zweiten Firma eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich. — Die Führung mehrerer Firmen für denselben Geschäftsbetrieb ist unzulässig, außer (§. 30 Abs. 3, §. 50 Abs. 3) insoweit für verschiedene Niederlassungen verschiedene Firmen geführt werden (L.G. Frankfurt v. 15. Mai 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 527, O.L.G. München v. 10. Juni 1893 u. O.L.G. Stuttgart v. 27. Juni 1890 Z.f.H. Bd. 42 S. 500).

d. **Die Firma als Parteibezeichnung im Rechtsstreit.** Wird unter einer Firma geklagt oder verklagt, so ist als Kläger bezw. Beklagter derjenige anzusehen, welcher zu der Zeit, zu welcher unter der Firma ein Eintritt in den Rechtsstreit erfolgt (also in der Regel bei Zustellung der Klage), Inhaber der klagenden bezw. beklagten Firma ist (R.O.H. XXIII, 101, R.G. VI, 99, Denkschr. 32). Ist der so Partei werdende Kaufmann ein anderer als derjenige, welcher das streitige Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, so braucht nicht schon die Klage zu ergeben, sondern es muß erst gegenüber späterem Bestreiten dargethan werden, warum der jetzige Geschäftsinhaber aus dem von dem früheren Inhaber geschlossenen Geschäfte berechtigt oder verpflichtet ist (R.O.H. XXIII, 101). In einem Falle, in welchem nicht erkennbar ist, ob Beklagter die Haftung bestritten hatte, entschied das R.G. (VI, 98), daß, wenn die gegen eine Firma gerichtete Klage nach dem Tode des Einzelkaufmanns, welcher Geschäftsinhaber war, zugestellt sei, trotz Vertretung der beklagten Firma durch einen Prokuristen die jetzigen Inhaber vom Kläger benannt werden müßten, weil der Übergang nur der Firma eines Einzelkaufmanns keinen Schluß darauf gestatte, ob auch die Geschäftsverbindlichkeiten auf die oder den späteren Inhaber übergegangen seien (vgl. jetzt §. 25 ff.). Nur gegen denjenigen, welcher bei Klageanstellung Firmeninhaber war, wurde nach bisherigem Recht das Urteil vollstreckbar (R.G. v. 21. März 1891 bei Bolze Bd. 12, Nr. 124 und bei Gruchot Bd. 35, S. 710) und der Rechtskraft fähig (vgl. R.O.H. III, 412). Für die Zukunft vgl. Entwurf zur C.P.O. §§. 293c, 665. Ergiebt sich

erst bei einer Eidesleistung, daß die Bezeichnung der Partei, welcher der Eid abgenommen werden sollte, unrichtig ist, so kann dies, wenn es für die Entscheidung unerheblich war, berichtigt werden (§. 431 C.P.O., Str. Bd. 58, S. 159, R.O.H. XIV, 306). Die Berichtigung einer Klage dahin, daß sie nicht gegen den ursprünglich genannten nicht vorhandenen Einzelkaufmann, sondern gegen die gleichnamige offene Handelsgesellschaft gerichtet sei, enthält keine unzulässige Klageänderung (Kammergericht Berlin v. 2. Mai 1893 Z.f.H. Bd. 42 S. 500). Stirbt derjenige, welcher bei Klagezustellung Geschäftsinhaber war, im Laufe des Rechtsstreits, oder veräußert er das Geschäft, so kommen in Bezug auf den Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Rechtsstreit die Vorschriften der §§. 217, 223, 236 C.P.O. zur Anwendung (Denkschr. 32).

e. **Firma im Grundbuch.** Bezüglich der Gesellschaftsfirmen ist die Zulässigkeit ihrer Eintragung im Grundbuch ausdrücklich ausgesprochen in §§. 124, 210 H.G.B., §. 17 Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889, §. 13 Ges. v. 20. April 1892; vgl. auch §. 33 Abs. 2 Grundbuchordnung v. 24. März 1897. Wird die Firma geändert, so hat die Umschreibung des Eigentums auf die neue Firma im Grundbuch, unter Voraussetzung des Fortbestehens der Gesellschaft, ohne vorherige Auflassung zu erfolgen, selbst wenn die Firmenänderung durch Ausscheiden eines Gesellschafters veranlaßt wurde (Johow VIII, 63. Daß eine Auflassung nicht erforderlich, ist in Johow VI, 64 angenommen bei Umwandelung einer Aktienkommanditgesellschaft bisherigen Rechts in eine Kommanditgesellschaft unter Beibehaltung der Firma, da beide Gesellschaftsformen nicht juristische Personen, die wahren Eigentümer daher die unverändert gebliebenen Gesellschafter seien). Eine Auflassung ist nicht erforderlich, wenn mehrere Miteigentümer das Grundstück in eine offene Handelsgesellschaft einlegen, bei der sie zu denselben Bruchteilen beteiligt sind wie am Grundstück (Johow VI, 67). Bezüglich der Einzelfirmen ist die Zulässigkeit ihrer Eintragung im Grundbuch nicht nur behufs des Eigentums, sondern auch bei anderen dinglichen Rechten in Abrede gestellt in Johow IX, 5; für das bisherige sächsische Recht vgl. O.L.G. Dresden v. 22. Mai 1883 Busch, Archiv Bd. 47, S. 59. Die Zulässigkeit der Eintragung von Hypotheken für Einzelfirmen ist angenommen vom Plenum des Kammergerichts Berlin, 17. Febr. 1875 Z.f.H. Bd. 23 S. 263. Vgl. Turnau, Grundbuchordnung. 5. Aufl. Bd. II §. 22, S. 202.

II. Bildung einer *neuen* Firma (§§. 18—20).

§. 18. **Einzelkaufmann.**

Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen.

Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältniß andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, sind gestattet.

A.D.H. Art. 16. **Entw.** I §. 17. **Entw.** II §. 18.

§. 18.

1. **Gemeinsame Vorschriften für alle Arten kaufmännischer Firmen.**

a. **Grundsatz der Firmenwahrheit.** Er ist durchgeführt für die Bildung neuer Firmen, nicht aber für den Fall der Übertragung des Geschäfts mit der Firma, sei es durch Erbgang oder Vertrag.

b. **Sprache.** Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, die Bezeichnung der Firma in deutscher Sprache vorzuschreiben, wurde abgelehnt (K.B. 12). Schon nach bisherigem Recht konnte die Firma ganz oder zum Teil fremdsprachig sein (Johow VIII, 23, X, 15). Staub will dies dahin einschränken, daß die gebrauchte Sprache mindestens eine durch (leicht) erreichbare Dolmetscher übertragbare sein müsse.

c. **Zusätze zur Firma.** Die Vorschrift des §. 18 Abs. 2 ist, soweit sie nicht ihrem Inhalt nach nur auf Firmen der Einzelkaufleute Anwendung finden kann, auch auf Gesellschaftsfirmen anwendbar (§. 6 Abs. 1, R.G. III, 166. Vgl. §. 18 Anm. IIIc).

d. **Bei Inkrafttreten des H.G.B. eingetragene Firmen** können nach Art. 22 Einf.-Ges. z. H.G.B. weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften; bei A.Gen. und A.K.Gen. muß jedoch die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" aufgenommen werden, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine A.G. oder eine A.K.G. die Inhaberin ist.

e. **Folgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften über Firmen.** Vgl. §. 37.

II. **Gemeinsame Vorschriften für Gewerbetreibende in offenen Läden, Gast- und Schankwirte.**

Durch Art. 9 Einf.-Ges. z. H.G.B. wird als neuer §. 15a in die Gewerbeordnung eingefügt:

„Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirthschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Betheiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Betheiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Betheiligter anordnen."

Die Übertretung dieser Vorschrift ist mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. und im Unvermögensfalle Haft bis 4 Wochen bedroht (Art. 9 III Einf.-Ges. z. H.G.B.). Die Vorschrift ist nicht beschränkt auf Vollkaufleute, sondern trifft auch Minderkaufleute und Nichtkaufleute, wenn sie zum Gewerbebetrieb einen offenen Laden benutzen oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben. Die Vorschrift des Abs. 4 Satz 2 soll dazu dienen, zu verhindern, daß nur die Namen von Personen, die bloß zum Schein in das Geschäft aufgenommen sind, in der Aufschrift angegeben werden (Denkschr. 34). Durch diese neue Bestimmung der Gewerbeordnung bleibt die Befugnis der Kaufleute zur Führung der nach dem H.G.B. zulässigen Firma unberührt (Denkschr. 33).

III. **Firma des Einzelkaufmanns.** Über die stille Gesellschaft §§. 335 ff. Kaufleute sind auch diejenigen Gesellschaften und Stiftungen mit Kaufmannseigenschaft, welche nicht „Handelsgesellschaften" sind (§. 6 Anm. III). Der §. 18 findet daher mangels besonderer Bestimmungen auch entsprechende Anwendung z. B. auf juristische Personen (vgl. §§. 33 ff.). Dieselben müssen daher mit ihrem gewöhnlichen Namen firmieren. Über die Firma der Genossenschaft bestimmt Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 §. 3. —

Nur wer thatsächlich das Geschäft betreibt (§. 1 Anm. II E.) darf eine Firma führen. Ausgeschlossen ist daher namentlich die Anmeldung von Personen, die als geschäftbetreibend nur zum Schein vorgeschoben werden, um hierdurch ihrem Namen Aufnahme in die Firma zu verschaffen (Bolze, Bd. 21 Nr. 149).

a. **Familienname.** Die Frau führt den Familiennamen des Mannes (B.G. §. 1355). Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes; durch beglaubigte Erklärung an die zuständige Behörde kann sie jedoch unbedingt ihren Mädchennamen und, wenn sie nicht für allein schuldig erklärt ist, den Namen, den sie (infolge einer früheren Heirat) bei Eingehung der geschiedenen Ehe führte, annehmen. Ist sie für allein schuldig erklärt, so kann der Mann durch beglaubigte Erklärung an die zuständige Behörde der Frau die Führung seines Namens untersagen; die Frau erhält dann ihren Mädchennamen wieder (B.G. §. 1577; vgl. jedoch H.G.B. §. 21). Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters (B.G. §. 1616), das uneheliche den der Mutter, und wenn diese verheiratet ist, denjenigen Familiennamen, den die Mutter vor der Verheiratung geführt hat; der Ehemann der Mutter des unehelichen Kindes kann letzterem mit dessen und der Mutter Bewilligung seinen Namen durch Erklärung in beglaubigter Form erteilen (B.G. §. 1706; für vor dem Inkrafttreten des B.G. geborene Kinder Einf.-Ges. z. B.G. Art. 208). Über den Familiennamen des Angenommenen s. B.G. 1758, 1772, Einf.-Ges. z. B.G. Art. 209. — Über kleine Änderungen in der Schreibweise des Namens, z. B. die Änderung von „Löwenthal" für den Verkehr mit den Vereinigten Staaten in „Lovendall", vgl. R.G. XXV, 119, welches den so geänderten Namen nicht für denselben Namen gelten lassen will. Die Begründung, daß es (bei Warenbezeichnungen; entsprechend aber auch bei Firmen) nur auf die Schreibweise ankomme, weil nur durch den Gesichtssinn, nicht durch den Gehörssinn des Dritten die Wahrnehmung vermittelt werde, erscheint unzutreffend, denn auch durch das Auge wird mittels Ideenassoziation neben der Gesichtsvorstellung auch eine Gehörsvorstellung vermittelt, und bei gesehenen Namen kommt fast stets nur die letztere zum Bewußtsein; nur auf das Bewußtsein, nicht auf den Wahrnehmungsweg kommt es aber an. (Vgl. auch R.G. XXXVIII, 80). — Bezüglich der Aufnahme thatsächlich (wenn auch vielleicht unberechtigt) im gewöhnlichen Leben geführter Familiennamen in die Firma muß bei Berücksichtigung des mit den Vorschriften des §. 18 verfolgten Zwecks dasselbe gelten was in Anm. III b bezüglich der Vornamen bemerkt ist. — Der Familienname darf auch in adjektiver Form gebraucht werden, z. B. „Fürstlich Y-B.sche Fabrikverwaltung" (Johow V, 21).

b. **Mindestens ein ausgeschriebener Vorname.** Die Vorschrift, daß auch ein ausgeschriebener Vorname in die Firma aufgenommen werden müsse, ist von der Reichstagskommission neu hinzugefügt (K.B. 13). Der Zweck der Bestimmung ist ausschließlich die Verhinderung von Verschleierungen. Soweit dieser Zweck nicht gefährdet wird, zwingt das Gesetz und sein Wortlaut nicht dazu, in dieser Beziehung unnötig streng zu verfahren. Man wird daher auch diejenigen etwas geänderten Vornamen und zusammengezogenen Formen von Vornamen zulassen können, deren sich der Betreffende thatsächlich gewöhnlich bedient, selbst wenn sie in der Geburtsurkunde nicht genau so verzeichnet sind; die erzwungene Aufnahme eines sonst nicht geführten Vornamens in die Firma würde die Feststellung, wer Inhaber ist, in der Regel erschweren, nicht erleichtern. (Dagegen Staub.) Ganz willkürliche Vornamen dürfen indessen nicht in die Firma aufgenommen werden (L.G. I Berlin v. 9. Juni 1892 Z.f.H. Bd. 42 S. 501).

c. **Zusätze.** Ob im Einzelfall ein Zusatz als Teil der Firma oder nur unabhängig von der Firma neben derselben gebraucht wird (z. B. Geschäftsbezeichnungen §. 17 Anm. III a), ist nach den Umständen zu entscheiden (Johow V, 18). Der §. 18 Abs. 2 bezieht sich nur auf diejenigen Zusätze, welche Teil der Firma sind. Unerheblich ist, ob sie dem Namen vor- oder nachgestellt sind (Johow X, 15; vgl. R.G. V, 113). Unerheblich auch, ob der Zusatz schon bei Annahme und Anmeldung der Firma oder erst nachträglich hinzugefügt worden ist, und ob er von dem Firmenführer als zur Firma gehörig gemeint oder nur der Form nach der Art ist, daß er mit der Firma zusammen als ein Ganzes und dieses Ganze geeignet erscheint, als einheitliche Firma zu dienen (Johow V, 18). Die Zusätze zur Firma (z. B. „Barbarossa-Brunnen") können unter Umständen wichtiger werden als die sonstigen Bestandteile der Firma, weil sie im Gedächtnis des Publikums besser haften (R.G. XXXVIII, 83). Wird ein solcher wesentlich gewordener Zusatz dann selbständig gebraucht, so ist dies eine Abkürzung der Firma (dagegen R.G. XXXVIII, 84), ein unbefugter Gebrauch mithin gemäß §. 37 verfolgbar (§. 37 Anm. II und III b).

1. **Erlaubte.** Eine nähere Bezeichnung der Person ist z. B. bei der Frau die Bezeichnung „Frau", „Witwe", bei der verheirateten Frau auch die Hinzufügung ihres Mädchennamens. Der Mann ist durch das Firmenrecht nicht gehindert, sich in der Firma durch Beifügung des Mädchennamens seiner Frau zu seinem eigenen Namen näher zu bezeichnen (R.G. XVI, 60). Zusätze zur Unterscheidung des Geschäfts sind nach jeder beliebigen Richtung der Unterscheidung zulässig, soweit nur nicht gegen den §. 18 Abs. 2 Satz 1 verstoßen wird. Das Wort „Unterscheidung" ist jetzt (statt „Bezeichnung" im Art. 16 A.D.H.) gewählt. Zulässig sind sowohl Unterscheidungen gegenüber bereits vorhandenen Geschäften, wie auch diejenigen Bezeichnungen, welche bestimmt sind, gegenüber erst künftig etwa entstehenden Geschäften von vornherein ein (sogar ganz willkürlich gewähltes) Unterscheidungsmerkmal aufzustellen. Bezeichnungen, welche lediglich den Zweck der Reklame haben, sind indessen unzulässig (Johow X, 15 bezüglich des Zusatzes „au bon marché" und R.G. III, 166 bezüglich des Zusatzes „Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake." Vgl. Staub). Zulässig sind jedoch Bezeichnungen der Eigenart des Geschäfts durch Zusätze zur Firma, auch wenn für diese Zusätze eine zugleich Reklamezwecken dienende Form gewählt ist (z. B. „Mitteldeutsche Klebstoffindustrie W. Wiegand." Kammergericht v. 25. Septbr. 1893 Z.f.H. Bd. 46 S. 470). Zulässig sind ferner solche Reklamebezeichnungen, wenn sie nach ihrer Form nicht als Teil der Firma zu gelten geeignet sind, z. B. in der Regel die hinzugefügten Worte „Generalvertreter von A. B." (Johow V, 19) oder „im früher L.schen Hause" (Bolze Bd. 16 Nr. 116). — Für zulässig wurde der Zusatz „Granitwerk Blauberg" erachtet, trotzdem das Granitwerk nicht im Blauberg, sondern an demselben lag, zumal der gebrochene Granit auf demselben Lager anstand, welches sich vom Blauberg bis zu dem fraglichen Granitwerk fortsetzt (Bolze Bd. 9 Nr. 113).

2. **Verbotene.** Verboten ist für die Firma des Einzelkaufmanns die Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses. Beispiele: „& Co." (P. 34), „societa Italiana" (L.G. I Berlin v. 26. Febr. 1893 Z.f.H. Bd. 42 S. 501), für alle Firmen (oben Anm. I c) Zusätze, welche auch nur geeignet sind (auch ohne eine dahingehende Absicht), eine Täuschung herbeizuführen, entweder über die wesentlichen für den Verkehr in Betracht kommenden Verhältnisse der Person des Inhabers oder über die Art oder den Umfang des Geschäfts (Johow V, 18. Die Entscheidung Johow XII, 15, daß der Zusatz „Holz-Industrie-Werke-Frank-

furt" zu einer Firma eines Einzelkaufmanns mit nur 6 Arbeitern und einem technischen Leiter zulässig sei, ist nach neuem Recht nicht mehr zutreffend). Die Firma einer Kommanditgesellschaft „Provinzial-Molkerei-Gesellschaft H. & Co." wurde für nicht zur Täuschung geeignet erachtet, weil wegen Vorhandenseins des Namens H. in der Firma das Publikum nicht annehmen könne, daß die Bezeichnung „Provinzial" auf eine Beziehung zum Provinzialverband hinweisen solle (Johow III, 11). In der Firma „Phosphor- u. Sicherheitszündholzfabrik Union zu Habelschwerdt C. T." wurde nicht die Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses gefunden (Bolze Bd. 10 Nr. 184 b). Eine Folge des erwähnten Verbots ist, daß der Registerrichter eine Firma, die verbotene Zusätze enthält, nicht in das Handelsregister eintragen darf und gegen denjenigen Vollkaufmann, welcher eine solche (eingetragene oder nicht eingetragene) Firma gebraucht, mit Ordnungsstrafen einzuschreiten hat (Denkschr. 34. Vgl. §. 37). Das Verbot bezieht sich nur auf die Neubegründung, nicht auch (wie Gierke Z.f.H. Bd. 45 S. 460 annimmt) auf die Fortführung bereits vorhandener Firmen. Vgl. auch Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (R.G.Bl. 441) §. 15 und Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 (R.G.Bl. 145) §. 1, 4, 8.

§. 19.

Offene Handels- und Kommanditgesellschaft.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten.

Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich.

Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden.

A.D.H. Art. 17. **Entw. I** §. 18. **Entw. II** §. 19.

§. 19.

I. **Offene Handelsgesellschaft.** Wenn nicht alle Gesellschafter mit ihrem Familiennamen (§. 18 Anm. III a) genannt sind, muß ein die Gesellschaft andeutender Zusatz gebraucht werden; also auch dann, wenn die Namen zweier Teilhaber einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht, in der Firma vorkommen (P. 36). Wenn alle Gesellschafter genannt sind, so ist ein die Gesellschaft andeutender Zusatz nicht vorgeschrieben, aber auch nicht verboten (z. B. „Schmidt & Krüger, Gesellschaft für Getreideeinfuhr"). Nur darf der Zusatz nicht zu einer Täuschung geeignet sein (unten Anm. III).

II. **Kommanditgesellschaft.** Auch wenn alle persönlich haftenden Gesellschafter in der Firma genannt sind, muß ein Zusatz aufgenommen werden, welcher das Vorhandensein einer Gesellschaft (nicht besonders einer Kommanditgesellschaft) andeutet. Diese Vorschrift gilt nicht für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§. 20), da diese nach dem neuen H.G.B. nicht eine Unterart der Kommanditgesellschaft, sondern eine Unterart der Aktiengesellschaft ist (§. 320).

III. **Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.** Für beide Gesellschaftsformen gelten die Vorschriften der Abs. 3 u. 4, ferner aber auch diejenigen Bestimmungen

(§. 18 Anm. I, II), welche für alle Firmen gemeinsam sind. Beispiele unzulässiger Firmen offener Handelsgesellschaften: Zusatz „Verein Kreditreform“ wenn es sich in Wahrheit nicht um eine größere Anzahl von Geschäftsleuten handelt, welche sich zur Reform des Kreditwesens vereinigt haben (O.L.G. Stuttgart v. 18. April 1890 Z.f.H. Bd. 42 S. 501), Namen aller Gesellschafter und Zusatz et Comp. (O.L.G. Hamburg v. 12. Juni 1890 Z.f.H. Bd. 42 S. 502).

§. 20.

Aktien- und Aktienkommanditgesellschaft.

Die Firma einer Aktiengesellschaft sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen; die erstere Firma hat außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“, die letztere Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ zu enthalten.

A.D.H. Art. 18. **Entw. I** §. 19. **Entw. II** §. 20.

§. 20.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Neu vorgeschrieben ist, daß auch die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen ist. Dies entspricht der jetzigen Stellung der Kommanditgesellschaft auf Aktien als einer Unterart der Aktiengesellschaft. Neu ist ferner die Vorschrift, daß die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ in die Firma aufgenommen werden müsse, eine Vorschrift, die sogar für den Fall des Erwerbes einer bestehenden Firma gilt (§. 22 Abs. 1). — Der bisherige Art. 18 Abs. 2 A.D.H. hatte für die Aktiengesellschaft bestimmt: „Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden.“ Diese Bestimmung ist jetzt fortgelassen, weil der Zusatz „Aktiengesellschaft“ oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ genügt, um Mißverständnissen über die rechtliche Stellung derjenigen Personen, deren Namen in der Firma enthalten sind, vorzubeugen (Denkschr. 35). Über die bei Inkrafttreten des H.G.B. eingetragenen Firmen von Aktiengesellschaften s. Art. 22 Einf.-Ges. z. H.G.B.

II. **Sachfirma.** Die Sachfirma entspricht der Personenfirma des Einzelkaufmanns, sie ist der Name der Gesellschaft, der juristischen Person, nicht eine Bezeichnung des Unternehmens, des Geschäfts (R.G. I, 27, III, 68, IX, 105). Die Entlehnung vom Gegenstande des Unternehmens ist nur als Regel vorgeschrieben. Ursprünglich hatte hierüber die genehmigende staatliche Behörde zu entscheiden; seit die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung für A.Gen. u. A.K.Gen. im Aktiengesetz v. 11. Juni 1870 beseitigt ist, entscheidet der Registerrichter. Die Aufnahme von Personenbezeichnungen muß jetzt zugelassen werden, wenn ein berechtigtes Interesse hierfür glaubhaft gemacht wird. So wird namentlich bei Umwandelung eines unter anderer Form bestehenden Geschäfts in eine A.G. oder A.K.G. unter Umständen ein berechtigtes Interesse vorliegen, Personennamen in die Firma aufzunehmen. Personennamen können stets in der Firma beibehalten werden, wenn die A.G. oder A.K.G. lediglich die bisherige Firma eines neu erworbenen Geschäfts fortführt (§. 22 Anm. II d).

III. **Gemeinsame Vorschriften für alle Firmen** vgl. §. 18 Anm. I.

III. Fortführung einer *bestehenden* Firma (§§. 21—24).

§. 21.

Namensänderung eines Geschäftsinhabers.

Wird ohne eine Aenderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder

der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** —

§. 21.

Der §. 21 ist von der Reichstagskommission neu eingefügt (K.B. 17). Er findet Anwendung namentlich in Fällen der Namensänderung von Frauen durch Verheiratung. Er wird aber z. B. auch anzuwenden sein, wenn der geschiedenen für schuldig erklärten Frau der Mann die künftige Führung seines Namens untersagt (B.G. §. 1577 Abs. 3, §. 12); diese Untersagung wirkt dann nur als Untersagung der Führung des Namens außerhalb einer etwa bestehenden Firma.

§. 22.

Vollständiger Wechsel der Geschäftsinhaber.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im §. 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 22. **Entw. I** §. 20. **Entw. II** §. 21.

§. 22.

I. **Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts.**

a. **Erwerb unter Lebenden oder von Todeswegen.** Hierunter ist ein Erwerb zu Eigentum (oder Eigenbesitz) verstanden im Gegensatz zu der in Abs. 2 erwähnten Übernahme in Fremdbesitz (§. 868 B.G.). Der §. 22 handelt von dem Vollerwerb eines Handelsgeschäfts, so daß die Person des Geschäftsinhabers vollständig wechselt, der §. 24 betrifft unter anderem den Erwerb eines Anteils an einem Handelsgeschäft, wobei nur eine teilweise Änderung in der Person der Geschäftsinhaber eintritt.

b. **Bestehendes** Handelsgeschäft. Das Handelsgeschäft muß bei Übertragung schon bestehen und noch bestehen. Andernfalls würde eine nach §. 23 verbotene Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft, welchem sie zugehört, vorliegen (R.G. XXII, 59). Die Veräußerung eines von dem Veräußerer noch nicht wirklich betriebenen Geschäfts bildet keine genügende Unterlage für die Mitübertragung der Firma (R.O.H. VI, 247, R.G. XXV, 2, XXXVIII, 76), auch wenn die Gegenstände, mit denen demnächst der Gewerbebetrieb begonnen werden soll, bereits beschafft, und vorbereitende Einrichtungen getroffen worden sind (R.G. IX, 2). Ein Vertrag, durch welchen der Form nach eine Gesellschaft begründet, in Wirklichkeit aber nur bezweckt wird, den Namen des einen Gesellschafters als Firmenbestandteil zu verwerten, damit nach dessen Ausscheiden die Firma als abgeleitete fortgeführt werden kann, ist als Scheinvertrag nichtig (B.G. §. 117. O.L.G. Hamburg v. 30. Januar 1896 Z.f.H. Bd. 46 S. 481. O.L.G. Köln v. 24. April 1895 a. a. O.). Nur ausnahmsweise hört ein Handelsgeschäft plötzlich

auf, zu bestehen; in der Regel ist der Verlauf ein langsamer, so daß sich kein fester Endpunkt bestimmen läßt. So lange die Geschäftsbeziehungen noch nicht vollständig nach außen abgebrochen sind, und auch die innere Organisation nicht vollständig zerstört ist, hat das Bestehen nicht ganz aufgehört. Das Geschäft besteht jedenfalls noch bis zur vollständigen Beendigung der Liquidation (R.G. XXIX, 70). Es sind Gestaltungen des Verkehrs denkbar, nach welchen der Kaufmann nur immer zeitweise eine Thätigkeit entfaltet; auch kann ein Gewerbebetrieb, der als ununterbrochener angelegt ist, durch Unfälle einstweilen zum Stillstande kommen, ohne daß ein endgiltiges Aufgeben angenommen werden müßte; ebenso wenn der Gewerbebetrieb des Einzelkaufmanns ruht, weil er sich in Konkurs befindet (Johow XIII, 38). Nach R.G. XXIX, 69 (vgl. auch R.O.H. X, 292) besteht das Handelsgeschäft nicht mehr, wenn der Gewerbebetrieb endgiltig aufgegeben ist. — Trotz Fortbestehens des alten „Geschäfts" kann der „Beginn eines neuen Gewerbebetriebes", mithin auch die Pflicht zur Anfertigung einer Eröffnungsbilanz vorliegen (§. 38 Anm. IIb).

c. **Handels**geschäft. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist als ebenso weit reichend auszulegen wie der Begriff des Handelsgewerbes. Das Handelsgeschäft ist diejenige Vermögensmasse, welche für den Betrieb des Handelsgewerbes (§. 1—4) benutzt wird.

d. Handels**geschäft.** (Zu unterscheiden von Handelsgewerbe. Vgl. §. 39 Anm. IIb.) Das Geschäft muß erworben sein, also ein Vermögensinbegriff (dagegen Str. Bd. 74 S. 34), aber nicht nur der Inbegriff körperlicher Gegenstände und Forderungen, sondern auch die Organisation, das ganze Unternehmen, in welchem jener Sachinbegriff genutzt wird (R.G. I, 264). Die Übertragung der Organisation ist unter Umständen (z. B. bei einem Zeitungsunternehmen) sogar das Wesentliche, und die etwaige Mitveräußerung körperlicher Gegenstände ist dann nur ein nebensächlicher Bestandteil des Vertrages (R.G. XXXVII, 178). „Handelsgeschäft" ist nicht beschränkt auf „Handelsvermögen" (R.O.H. II, 51, O.L.G. Dresden v. 13. Okt. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 531). Andererseits können auch bestimmte Gegenstände oder Gattungen von Gegenständen, Rechten oder Verpflichtungen von der Mitübertragung ausgeschlossen werden (R.G. v. 10. Dezbr. 1895 J.W. 1896 S. 36 Nr. 30), solange diese Ausnahmen nicht wirtschaftlich den Inbegriff völlig oder nahezu vollständig erschöpfen. Diejenigen Bestandteile müssen mitübertragen werden, welche für die Fortführung des Handelsgeschäfts wesentlich sind (O.L.G. Köln v. 31. Dezbr. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 474). Ein Geschäft ist auch dann erworben, wenn nur die Waren und die etwa vorhandenen Forderungen, nicht aber die Schulden (oder nur die Waren und die etwa vorhandenen Schulden, nicht aber die Forderungen R.O.H. II, 154), übernommen werden; eine Übernahme der Aktiva (eventuell auch der Passiva) liegt schon dann vor, wenn nur dem Dritten gegenüber der Erwerber zur Einziehung der Forderungen (bezw. Regelung der Verbindlichkeiten) ermächtigt wird, gleichgiltig ob er im inneren Verhältnis zum Veräußerer die Eingänge abliefern muß und die Auslagen ersetzt erhält, oder ob er hierfür eine Abfindungssumme zahlt oder erhält (R.G. XXV, 4). Eine Veräußerung des Geschäfts mit der Firma ohne Aktiva und Passiva, jedoch unter Überlassung der Ordnung der Aktiva und Passiva an den Erwerber, ist im Zweifel aufzufassen als eine Veräußerung mit Aktiven und Passiven und der Verpflichtung des Erwerbers, Eingänge und Auslagen aus letzteren im einzelnen mit dem Veräußerer zu verrechnen (R.G. IX, 82). Werden auch nach außen hin weder Forderungen noch Verbindlichkeiten übernommen, tritt namentlich der Erwerber auch nicht in bestehende Miets- und Anstellungsverträge ein, so liegt in der Regel nicht der Erwerb eines Handelsgeschäfts, sondern nur der Kauf eines In-

begriffs von Waren vor (P. 41. Dagegen Str. Bd. 74 S. 34; die Beweisführung dieses Urteils beruht jedoch auf einem Voraussetzen des Gesuchten).

Das Kammergericht (Johow II, 17, IX, 17, XV, 11, 14) nimmt an, daß wenn eine **Zweigniederlassung** von der Hauptniederlassung getrennt und zu einem selbständigen Geschäft gemacht wird (selbst abgesehen von einem Wechsel des Inhabers), für das letztere eine bisherige abgeleitete Firma nicht beibehalten werden könne, vielmehr nur eine solche Firma beibehalten werden dürfe, welche durch den bisherigen Inhaber hätte neugebildet werden können. (Anders entscheidet das Kammergericht Johow XV, 12 ff. nicht folgerichtig für den Fall der Veräußerung einer bisherigen nicht abgeleiteten Firma, trotzdem dieselbe durch die Veräußerung gleichfalls zu einer abgeleiteten wird.) Eine Zweigniederlassung sei kein „Handelsgeschäft" im Sinne des §. 22; hierzu werde sie erst durch die Loslösung vom Hauptgeschäft. — Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend, da auch bei der Übertragung einer Zweigniederlassung das in ihr betriebene alte Geschäft auf den Erwerber übergeht, und die Sache nicht anders liegt, als wenn ein Kaufmann an mehreren Orten unter derselben Firma mehrere Hauptniederlassungen hat und die eine derselben mit der Firma veräußert. Die Haftung für die Schulden und die Berechtigung aus den Forderungen ist für den Alleininhaber einer Firma ganz dieselbe, ob die mehreren Niederlassungen selbständige Hauptgeschäfte, oder eines oder einige derselben Zweigniederlassungen sind. Jedenfalls wäre es doch zulässig, daß der Inhaber einer Hauptniederlassung und Zweigniederlassung unter abgeleiteter Firma beide in getrennte Hauptniederlassungen unter jener Firma umwandelt und dann eine mit der Firma veräußert; hiermit wäre das angebliche Verbot umgangen. Die Auslegung, daß der Veräußerer eines Handelsgeschäfts und der Firma seinem Nachfolger zwar das Recht zur Weiterveräußerung der Firma mit dem Geschäft als Ganzem, aber nicht das Recht zur Weiterveräußerung mit mehreren verschiedenen Niederlassungen an verschiedene Personen habe einräumen wollen, erscheint nicht gerechtfertigt, da in letzterem Fall das Interesse des Veräußerers durch eine Weiterveräußerung nicht wesentlich stärker berührt wird als in ersterem. Jedenfalls ist aber die Ansicht des Kammergerichts (Johow XIII, 30, XV, 11) abzulehnen, daß die Genehmigung des Veräußerers hierzu nicht noch nachträglich erteilt werden könne, denn irgend welche öffentliche Interessen, die bei nachträglicher Genehmigung zur Änderung der Firma oder neu zu erteilender Einwilligung zur Fortführung (Anm. II a) nach Veräußerung allerdings vorhanden sind (Johow XII, 24), kommen im vorliegenden Fall nicht in Frage. — Bei dem Verkauf eines Handelsgeschäfts geht im Zweifel eine Zweigniederlassung, da sie eine Art Zubehör bildet (R.G. XXI, 4, XXXVIII, 263, 406), mit über (R.O.H. I, 38, R.G. v. 7. Novbr. 1891 J.W. S. 572).

Ebenso die **Handelsbücher**, falls der Erwerber die Verbindlichkeiten und Forderungen, wenn auch nur im Verhältnis zu Dritten, übernimmt (R.O.H. XIX, 419); nicht jedoch, wenn dies nicht geschieht (R.O.H. VII, 74; dagegen Staub). Im ersteren Falle behält der Veräußerer das Recht der Einsicht und kann bei Bedrohung desselben die Bücher an sich behalten, B.G. §. 229, 230 Abs. 2); im zweiten wird es von den Umständen des einzelnen Falles abhängen, ob ein Einsichtsrecht des Erwerbers als gewollt anzusehen ist.

II. **Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder der Erben in die Fortführung der Firma.**

a. Einwilligung. Dieselbe soll ausdrücklich sein. Ausdrücklich ist eine Willenserklärung, wenn sie in einem die Zustimmung bezeugenden und auf den betreffenden Gegenstand gerichteten Thun des Erklärenden besteht, im Gegensatz sowohl zu einem bloßen Unterlassen des Widerspruchs wie auch zu einem auf einen

anderen Gegenstand gerichteten Thun, welches nur einen Rückschluß auf die Zustimmung zuläßt. Ohne eine ausdrückliche Erklärung geht daher bei Veräußerung eines Geschäfts die Firma nicht über. Für die Einwilligung ist eine Form an sich nicht vorgeschrieben (R.O.H. X, 291); für die erforderliche Anmeldung zum Handelsregister kommen jedoch die Vorschriften des §. 12 Abs. 2 Satz 2 in Betracht. Ist daher eine formlose Übertragung erfolgt und nachgewiesen, und ist die nachträgliche Beibringung öffentlicher Urkunden nicht thunlich, so muß der Registerrichter auch ohne letztere eintragen. Auch eine bestimmte Zeit für die Erklärung ist nicht vorgeschrieben, namentlich nicht, daß letztere gleichzeitig mit der Veräußerung des Geschäfts abgegeben werden muß. Die Fortführung ist allerdings erst von dem Zeitpunkte an zulässig, zu welchem sowohl der Erwerb des Geschäfts wie die Einwilligungserklärung bezüglich der Firma erfolgt sind. Auch wird die Zeit der Einwilligung in der Regel nicht allzuweit von der Zeit des Geschäftserwerbes entfernt sein können, denn eine vor der Geschäftsübertragung erfolgte Einwilligung verstößt gegen §. 23, und bei einer nach der Geschäftsübertragung erfolgenden Einwilligung wird das Firmenrecht in der Person des Veräußerers häufig schon erloschen sein. (Vgl. oben Anm. I d Abs. 2.) — Die Einwilligung kann nicht durch Ersitzung ersetzt werden, da Ersitzung von Rechten, also auch des Firmenrechts, nicht zulässig ist (B.G. §. 937. Für das bisherige preußische Recht R.G. XXV, 6, für das gemeine u. rheinische Recht R.G. VII, 283).

b. **Der bisherige Geschäftsinhaber oder die Erben** müssen die Erklärung abgeben. Für die Übertragung der Firma als Erbteil genügt die testamentarische Erklärung (§. 1942 B.G.), eine Übertragung als Vermächtnis erzeugt nur eine Forderung gegen die Erben auf Erteilung der Einwilligungserklärung (§. 2174 B.G.). Die im bisherigen Art. 22 A.D.H. enthaltene besondere Hervorhebung des Falles mehrerer Miterben ist als überflüssig fortgelassen. Erben mehrere Miterben das Firmenrecht, so ist, wenn einer allein das Geschäft mit der Firma fortführen will, die Einwilligungserklärung der übrigen erforderlich. Erben mehrere Miterben das Firmenrecht, und ist einer zur alleinigen Vertretung des Nachlasses testamentarisch ermächtigt, so kann dieser eine selbständig beantragen, daß alle Miterben als Firmeninhaber und er als zur alleinigen Geschäftsführung berechtigt eingetragen werden (Johow XV, 7). Die Witwe eines Kaufmanns oder der Witwer einer Kauffrau, wenn das Firmenrecht nicht zu ihrem Erbteil gehört, haben kein Widerspruchsrecht, auch nicht wenn ihr Familienname Bestandteil der Firma ist (P. 39). Das Firmenrecht ist als eine Art des Namenrechtes an die Person des Firmenberechtigten geknüpft, eine Veräußerung kann nur freiwillig erfolgen, nicht erzwungen werden. Es unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung; die Einwilligungserklärung des Inhabers kann daher nicht durch Pfändung und Überweisung oder durch Erklärung des Konkursverwalters ersetzt werden (§. 17 Anm. III b).

c. **Fortführung** der Firma. Die Führung der Firma seitens des neuen Berechtigten muß als eine Fortsetzung der Führung seitens des früheren Firmeninhabers erscheinen. Nach O.L.G. Dresden (v. 21. Februar 1889, Z.f.H. Bd. 37 S. 530. Zustimmend Staub) ist, wer das Recht zur Fortführung einer bestehenden Firma mit dem Geschäft erworben, demnächst aber nur seinen Namen als Firma geführt hat, berechtigt, auf die alte Firma zurückzugreifen. Dies wird nur zuzugeben sein, wenn die Unterbrechung von nicht zu langer Dauer war, so daß die spätere Wiederaufnahme der Firma noch in gewissem Zusammenhang mit der früheren Führung steht. Anderenfalls erlischt die frühere Firma wie in sonstigen Fällen dauernden Nichtgebrauchs (§. 31 Anm. III b). In der Bewilligung der Fortführung liegt im Zweifel auch das Recht zur Weiterveräußerung (Bolze, Bd. 6 Nr. 170, Johow XIII, 30, XV, 11. Vgl. oben Anm. I d).

d. **Firma.** Auch die Bestimmungen des §. 22 beziehen sich nur auf „Firmen" im Sinne des Handelsgesetzbuchs (§. 17 Anm. II, III a), aber mit dieser Beschränkung auch auf nichteingetragene (Johow V, 24, XIII, 26). Es liegt im Belieben des neuen Firmeninhabers, ob er einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz aufnehmen, und ob er ihn der alten Firma voranstellen oder nachfolgen lassen (R.G. V, 113; vgl. Johow X, 15) will. Sonstige Aenderungen der Firma oder sonstige Zusätze zu derselben (L.G. Hannover, v. 9. April 1891 in Johow XI, 393, Kammergericht Berlin v. 3. August 1894, Z.f.H. Bd. 46 S. 473) sind nach öffentlichem Recht nur unter den für die Neubildung einer Firma vorgeschriebenen Voraussetzungen zulässig, so daß, wenn letztere nicht vorliegen, auch eine Zustimmung des Firmenvorgängers unerheblich ist (Staub. Vgl. L.G. Frankfurt a. M. v. 31. Juli 1885, Z.f.H. Bd. 34 S.567). Eine Ausnahme hiervon ist vorgeschrieben in §. 22 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß eine A.G. oder A.K.G. eine bestehende Firma erwirbt; sie muß dann den Zusatz „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" hinzufügen. Eine A.G. oder A.K.G. kann, wenn sie diesen Zusatz annimmt, auch eine Personenfirma fortführen, denn §. 20 bezieht sich nur auf Neubildung von Firmen, und §. 22 enthält für den Fall der bloßen Fortführung bestehender Firmen kein entsprechendes Verbot (Dagegen Johow XII, 23, XVI, 7 auf Grund des bisherigen Rechts). Wird die Firma einer A.G. oder A.K.G. seitens eines Einzelkaufmanns oder einer Gesellschaft, welche nicht A.G. oder A.K.G. ist, erworben, so ist zu unterscheiden, ob die bisherige Firma den Zusatz „Aktiengesellschaft" bezw. „Kommanditgesellschaft auf Aktien" enthält oder nicht (letzteres für ältere Firmen zulässig nach Art. 22 Abs. 2 Einf.-Ges. z. H.G.B.). Enthält sie keinen solchen Zusatz, so kann sie unverändert oder mit Nachfolgevermerk fortgeführt werden (§. 22 Abs. 1 Satz 1). Enthält sie einen solchen Zusatz, so muß entweder jener Zusatz künftig fortgelassen werden (Denkschr. 35), oder der Zusatz kann fortgelassen und ein Nachfolgevermerk hinzugefügt werden (§. 22 Abs. 1), oder endlich jener Zusatz kann zwar in der Firma belassen, es muß dann aber ein Nachfolgevermerk aufgenommen werden (R.G. XV, 111). Dies ist entsprechend auch anzuwenden auf den Fall einer Genossenschaft (Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 §. 3) und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892 §. 4). — Ist für die Firma eine **Telegrammadresse** eingetragen, so liegt in der Übertragung der Firma im Zweifel zugleich auch die Übertragung der Telegrammadresse (O.L.G. Dresden v. 27. März 1895, Z.f.H. Bd. 46 S. 472).

III. Fortführung **für das Geschäft.** Der §. 22 gestattet keine beliebige Verwendung der erworbenen Firma, sondern wie die Firma bei dem Erwerb mit dem Geschäft verknüpft ist, so bleibt sie auch bei der Fortführung an dasselbe gefesselt. Die Fortführung ist nur unter der Bedingung gestattet, daß das Geschäft (Unternehmen), für welches dieselbe bisher geführt wurde, im wesentlichen als dasselbe fortbesteht (Staub 5. Aufl., R.G. I, 264. Gegen die Begründung dieses Urteils Z.f.H. Bd. 26 S. 1, im wesentlichen weil der [vom R.G. betonte] Grundsatz der Firmenwahrheit nur eine Verweisung auf die Person des Inhabers, nicht auf die Art des Unternehmens enthalte. Gerade dies ist aber bei den abgeleiteten Firmen des §. 22 nicht zutreffend, wenigstens nicht für die erste Zeit nach dem Übergang). Läßt also der Firmenerwerber das erworbene Geschäft vollständig eingehen, und begründet er ein ganz neues Unternehmen, so darf er für das letztere die abgeleitete Firma nicht benutzen (R.G. I, 262). Eine bloße Einschränkung des Betriebes steht der Fortführung nicht entgegen, wenn nur der Zweck des Unternehmens derselbe bleibt (O.L.G. Dresden v. 13. Oktober 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 531). Aber auch eine vollständige Umwandelung des Handelszweiges (Zweckes) oder des Betriebes des Unternehmens, wenn sie nur allmählich und ohne vollständige vorherige

Abwickelung des früheren Unternehmens erfolgt, bewirkt nicht den Untergang des Firmenrechts (Staub), denn während im Augenblick des Erwerbes die abgeleitete Firma wirtschaftlich nur ein Unternehmen bezeichnet, tritt sie und ihr Wert allmählich auch wieder in wirtschaftliche Beziehung zur Person des neuen Inhabers und kann dann, ohne daß darin eine Täuschung des Publikums liegt, einen allmählichen Wechsel im Gegenstand des Unternehmens überdauern.

IV. **Übernahme auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses** (insbesondere des ehelichen Güterrechts. Denkschr. 36). Die Parteien können vereinbaren, daß nach außen der bisherige Geschäftsherr Inhaber der Firma bleibt und unter dieser allein berechtigt und verpflichtet wird (Denkschr. 36): dann findet keine Änderung der Firma statt, der Nießbraucher u. s. w. kann nach außen handelnd nur insoweit auftreten, als er Handlungsvollmacht vom Firmeninhaber erhält, und das Nießbrauchsverhältnis ist nicht anzumelden und kommt daher auch nicht gemäß §. 15 Abs. 1 für einen Dritten, dem es bekannt ist, in Betracht, ist vielmehr nur für die Verrechnung zwischen dem Nießbraucher und dem Geschäftsinhaber maßgebend. Der §. 22 Abs. 2 giebt nun die fernere Möglichkeit, daß ein derartiger Geschäftsübernehmer zu Fremdbesitz (d. h. ein unmittelbarer Besitzer, welcher die Sache als einem Fremden gehörend besitzt; vgl. B.G. §. 868, 872) die alte Firma als seine eigene in derselben Weise fortführt wie der sonstige Erwerber eines Geschäfts: dann ist er als Inhaber in das Handelsregister einzutragen; er haftet für die bisherigen Geschäftsschulden nach den Regeln des §. 25 und wird aus den von ihm unter der Firma geschlossenen Geschäften allein verpflichtet (Denkschr. 36). Über die Haftung und die Rechte des Eigentümers des Geschäfts im Verhältnis zu Dritten s. §. 25 Anm. III, §. 26 Anm. III. Bei Endigung des Verhältnisses ist der Fremdbesitzer verpflichtet, das Geschäft mit der Firma auf den Eigenbesitzer zurückzuübertragen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann der Eigenbesitzer dennoch die frühere Firma — wenn sie nicht etwa in der Zwischenzeit erloschen ist — wieder gebrauchen, selbst solange er nicht in den Besitz des Geschäfts gelangt; für die erforderliche Anmeldung zum Handelsregister muß er jedoch die Einwilligung des Fremdbesitzers oder seiner Erben in die Rückübertragung der Firma oder eine entsprechende Entscheidung des Prozeßgerichts (§. 16 Abs. 1) beibringen.

§. 23.

Verbot einer Veräußerung der Firma ohne das Geschäft.

Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden.

A.D.H. Art. 23. **Entw. I** §. 21. **Entw. II** §. 22.

§. 23.

I. **Veräußerung eines Handelsgeschäfts.** Über den Begriff des „Handelsgeschäfts“ §. 22 Anm. I c, d. Als selbstverständlich ist auch hier vorausgesetzt, daß ein bestehendes Handelsgeschäft veräußert wird (§. 22 Anm. I b). Die „Veräußerung“ ist möglich sowohl als eine Überlassung zu Eigentum wie auch als eine Überlassung zu Fremdbesitz, beides durch Erwerb sowohl unter Lebenden wie von Todeswegen (§. 22 Anm. I a und IV).

II. **Veräußerung der Firma.** Unter Firma ist nur eine Firma im Sinne des Handelsgesetzbuchs verstanden (§. 17 Anm. II, III a). Es handelt sich nicht eigentlich um eine „Veräußerung“ der Firma, sondern um eine Einwilligung des bisherigen Inhabers zu deren Fortführung (R.G. IX, 106. §. 22 Anm. II, III).

III. **Handelsgeschäft und Firma müssen zusammen veräußert sein.** Das Erfordernis

der Gleichzeitigkeit der Veräußerung darf nicht zu streng aufgefaßt werden (§. 22 Anm. II a). Wird nur das Handelsgeschäft veräußert, so geht die Firma nicht über (§. 22 Anm. II a). Wird nur die Firma veräußert, so ist die Veräußerung nichtig (B.G. §. 134). Der Grund des Verbots liegt darin, daß die Firma ohne Geschäft ein Name ohne wirtschaftliche Unterlage wäre.

§. 24.

Teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaber.

Wird Jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden.

Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.

A.D.H. Art. 24. **Entw. I** §. 22. **Entw. II** §. 23.

§. 24.

I. **Aufnahme eines Gesellschafters in ein bestehendes Handelsgeschäft oder eines neuen Gesellschafters in eine Handelsgesellschaft.** Der erstere Fall betrifft die Aufnahme in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, der zweite die Aufnahme in das Geschäft einer Handelsgesellschaft. In beiden Fällen muß das Geschäft schon und noch bestehen, es darf nicht vor der Aufnahme bereits völlig abgewickelt sein (§. 22 Anm. I b) und eine „Aufnahme" eines Gesellschafters ist in beiden Fällen nicht anders denkbar, als daß er in irgend einer Form an dem Geschäft als Inbegriff (§. 22 Anm. I d) beteiligt wird. Das Erfordernis eines bestehenden Handelsgeschäfts (§. 22 Anm. I c) ist nur für den Fall des aufnehmenden Einzelkaufmanns hervorgehoben, da einige Arten von Handelsgesellschaften ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Rechte der Kaufleute haben (§. 6 Anm. I). Daß die Firma (auch in Zukunft) nur für das (bisherige) Geschäft fortgeführt werden dürfe, ist hier (im Gegensatz zu §. 22; vgl. §. 22 Anm. III) nicht hervorgehoben; im Fall des §. 24 wird daher eine diesbezügliche Beschränkung nicht zuzugestehen sein (dagegen Staub). Allerdings läßt sich dann auf diesem Wege auch die diesbezügliche Vorschrift des §. 22 leicht umgehen. — In diesen Fällen der Aufnahme eines Gesellschafters ist stets die Fortführung (§. 22 Anm. II c) der bisherigen Firma (§. 17 Anm. II, III a) zulässig. Die Vorschrift des §. 22 wird entsprechend dahin anzuwenden sein, daß auch in allen Fällen des §. 24 die Hinzufügung eines Nachfolgezusatzes zulässig ist (Johow XIII, 32), denn in einem solchen Zusatz liegt eine Annäherung an den Grundsatz der Firmenwahrheit; andere Änderungen an der Firma (z. B. die Aufnahme des Namens des Neueintretenden) sind nur zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Neubildung einer solchen Firma vorliegen (vgl §. 22 Anm. II d).

II. **Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Handelsgesellschaft.** Unter „Ausscheiden" (bisherige Fassung: „Austreten"; vgl. R.G. XXX, 148) ist sowohl ein freiwilliges wie unfreiwilliges Aufhören der Mitgliedschaft verstanden (Buch II Abschn. I Titel 4 Überschrift). Unerheblich ist, ob durch das Ausscheiden des Gesellschafters das Geschäft zum Geschäft eines Einzelkaufmanns wird, oder ob auch nachher als Inhaber noch eine Handelsgesellschaft verbleibt (Johow XIII, 32). Auch für den Fall des Ausscheidens gelten, wenn die Firma fortgeführt werden soll, entsprechend die in Anm. I hervorgehobenen Voraussetzungen betreffend die Fortdauer des bisherigen Geschäfts.

a. **Falls der Name des Ausscheidenden nicht in der bisherigen Firma enthalten war,** kann auch nach dem Ausscheiden die bisherige Firma (§. 17 Anm. II, III a) fortgeführt (§. 22 Anm. II c) werden, mit oder ohne Nachfolgezusatz (Anm. I), ohne daß eine Einwilligung des Ausscheidenden erforderlich ist. Der Name (= Familienname. § 18 Anm. III a) eines Gesellschafters ist im Sinne dieser Bestimmung nur dann in der Firma enthalten, wenn ursprünglich mit jenem Namen dieser Gesellschafter, nicht etwa eine andere Person gleichen Familiennamens, bezeichnet werden sollte (R.G. v. 8. Juli 1891 in Z.f.H. Bd. 42 S. 508 u. bei Bolze Bd. 13 Nr. 120). Durch Vertrag kann die Zulässigkeit der Fortführung auch für den Fall, daß der Name des Ausscheidenden nicht in der Firma enthalten ist, ausgeschlossen oder beschränkt, z. B. an die Einwilligung des Ausscheidenden gebunden werden (P. 41).

b. **Falls der Name des Ausscheidenden** (Anm. II a) **in der bisherigen Firma enthalten war,** so kann die bisherige Firma (§. 17 Anm. II, III a) nur dann fortgeführt (§. 22 Anm. II c) werden, wenn der ausscheidende Gesellschafter oder seine Erben (§. 22 Anm. II b) ausdrücklich ihre Einwilligung erklären (§. 22 Anm. II a). Nach den P. 922 wurde ein Antrag, den Abs. 2 des Art. 24 (jetzt §. 24) dahin zu fassen: „Jedoch ist beim Ausscheiden eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung seines Namens in der Firma erforderlich", abgelehnt. Die Fassung des Gesetzes ergiebt, daß, wenn derjenige, dessen Name in der Firma enthalten ist, die Fortführung der unveränderten Firma nicht ausdrücklich gestattet, die Firma erlischt. Ob die zurückbleibenden Gesellschafter oder der das Geschäft allein Behaltende auch ohne jene Einwilligung die alte Firma mit Weglassung des Namens des ausgeschiedenen Gesellschafters führen können, entscheidet sich nach den Grundsätzen von der Befugnis, eine neue Firma anzunehmen (dagegen Staub, welcher hiermit in Gegensatz zu seiner bei Art. 22 geäußerten Meinung tritt, daß die fortgeführte Einzelfirma — abgesehen vom Nachfolgezusatz — selbst mit Zustimmung des Veräußerers nicht geändert werden dürfe; dahingestellt bei Johow XIV, 245). Selbst mit Bewilligung des Ausscheidenden ist eine derartige Änderung der Firma nur zulässig unter den durch das öffentliche Recht für die Neubildung einer Firma vorgeschriebenen Voraussetzungen (in dem Fall bei Johow XIV, 245 lagen diese Voraussetzungen vor). — Verweigert der Ausscheidende die Fortführung seines Namens, so darf weder die alte Firma unverändert fortgeführt, noch eine neue, welche diesen Namen enthält, angenommen, noch die alte Firma in einer das Nachfolgeverhältnis (§. 22 Anm. II d) andeutenden Weise in die neue Firma aufgenommen werden (R.G. V, 113). — Durch Vertrag kann bestimmt werden, daß es bei etwaigem demnächstigen Ausscheiden eines Gesellschafters nicht seiner Einwilligung zur Fortführung der Firma mit seinem Namen bedürfe (P. 41).

IV. Übergang der Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten (§§. 25—28).

§. 25.

Erwerb unter Lebenden.

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.

A.D.H. — **Entw. I** §. 23. **Entw. II** §. 24.

§. 25.

I. **Unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft.**

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. §. 22 Anm. I, c, d.

b. **Erworben.** Hierunter ist in Abweichung von der Fassung des §. 22 sowohl ein Erwerb zu Eigentum (§. 22 Anm. I a) wie auch eine bloße Übernahme zu Fremdbesitz verstanden (§. 22 Anm. IV. Denkschr. 36). — Die §§. 25—27 stehen zu den §§. 28, 130, 173 in demselben Verhältnis wie der §. 22 zum §. 24. Erstere (§§. 25—27) behandeln den Fall eines Erwerbs durch einen vollständig neuen Geschäftsinhaber, letztere (§§. 28, 130, 173) betreffen den Fall der nur teilweisen Änderung in den Personen der Geschäftsinhaber.

c. **Unter Lebenden.** Ein Erwerb unter Lebenden ist auch der Erwerb eines Geschäfts im Wege der Erbteilung (Denkschr. 36); ebenso auch der Erwerb durch Erklärung der Erben auf Grund eines Vermächtnisses (§. 2174 B.G.). Den Erwerb von Todeswegen (kraft gesetzlichen oder testamentarischen Erbrechts) behandelt §. 27.

II. **Fortführung unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz.**

a. **Fortführung.** Vgl. §. 22 Anm. II c und III. Eine Fortführung der Firma liegt nicht schon in jedem vereinzelten Gebrauch derselben, sondern nur entweder in wiederholtem Gebrauch oder mindestens in einer Art des Gebrauchs, aus welchem sich die Absicht dauernder Beibehaltung ergiebt. Bezüglich des Erwerbs des Handelsgeschäfts kommt es behufs Anwendbarkeit des §. 25 Abs. 1 und 3 darauf an, daß ein rechtsgiltiger Erwerb vorliegt; bezüglich der Fortführung sowohl des Geschäfts wie der Firma kommt es nur darauf an, ob die Fortführung thatsächlich erfolgt. Auch wenn der Erwerber und Fortführer des Handelsgeschäfts unberechtigter Weise die Firma fortführt, haftet er nach §. 25 Abs. 1 Satz 1 (wird jedoch nicht nach Satz 2 berechtigt). Wenn andererseits der Erwerber und Fortführer des Handelsgeschäfts, obgleich er das Firmenrecht erworben hat, thatsächlich die frühere Firma nicht fortführt, so haftet er nur gemäß §. 25 Abs. 3.

b. **Bisherige Firma** (§. 17 Anm. II, III a) **mit oder ohne Nachfolgezusatz.** Auch die Hinzufügung oder Fortlassung der die Gesellschaftsart kennzeichnenden Zusätze begründet keine Änderung der Firma im Sinne des §. 25. Vgl. §. 22 Anm. II d. Die Folge der Fortführung von Firmen, welche nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind, müssen nach den allgemeinen Bestimmungen des B.G. beurteilt werden. Für einen Handwerksbetrieb ist die entsprechende Anwendung der für Vollkaufleute auf diesem Gebiet geltenden Grundsätze abgelehnt von O.L.G. Rostock v. 4. März 1884 Z.f.H. Bd. 34 S. 566. Dahingestellt RG. XVII, 99.

III. **Folge der Firmenfortführung durch den Erwerber.** Der Erwerber haftet für alle bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten (gleichgiltig, ob sie ihm bei Erwerb bekannt waren, R.O.H. VIII, 385, R.G. XV, 54, XVII, 98); neben ihm bleibt der Veräußerer

haftbar, jedoch (§. 26) nur während einer fünfjährigen Verjährungsfrist. Werden beide gemeinsam verklagt, so schafft selbstverständlich ein dann (nach dem Geschäftserwerb) gegen den Veräußerer ergehendes Urteil keinen selbständigen Verpflichtungsgrund gegen den Erwerber, dem letzteren kann nicht die Einrede der Rechtskraft entgegengesetzt werden (Str. Bd. 74 S. 350). Der Erwerber gilt Dritten gegenüber als allein berechtigt bezüglich der bisherigen Geschäftsforderungen; letzteres jedoch nur, falls die Thatsache der Firmenfortführung auf einer Einwilligung (§. 22 Anm. II a) des bisherigen Inhabers oder seiner Erben (§. 22 Anm. II b) beruht. Dieser Übergang der Forderungen bewirkt, daß der Veräußerer, wenn er auf Grund seiner Gesamthaftung von dem Dritten wegen einer Geschäftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, die Geschäftsforderungen an diesen Dritten nicht aufrechnen kann (Denkschr. 37), er müßte denn letztere von dem Erwerber wieder sich abtreten lassen. Sowohl bezüglich der Übernahme der Verbindlichkeiten, wie bezüglich des Erwerbes der Forderungen sind abweichende Vereinbarungen zwischen den Vertragschließenden zulässig und für diese bindend; den Dritten gegenüber erlangen sie Wirksamkeit nur unter den Voraussetzungen des Absatz 2 (vgl. §. 15 Anm. III A a).

a. **Verbindlichkeiten, Forderungen.** Der Rechtsgrund der Verbindlichkeiten oder Forderungen ist unerheblich; die Bestimmung umfaßt daher Verbindlichkeiten und Forderungen nicht nur aus Verträgen (auch Schenkungen R.G. II, 52; auf Erfüllung oder Schadensersatz R.O.H. I, 38), sondern auch aus unerlaubten Handlungen oder sonstigen Gründen (Denkschr. 37), z. B. aus §. 120 a Gewerbeordnung, §. 2 Haftpflichtgesetz (R.G. XV, 53) oder aus Zuwiderhandlungen gegen die Gesetze zum Schutze des geistigen Eigentums (RG. XV, 128, 133).

b. **Im Betriebe des Geschäfts begründet** sind alle diejenigen Verbindlichkeiten und Forderungen, welche mit dem Geschäftsbetriebe in so enger innerer Verbindung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen (R.G. XV, 54, 133). Es gehören dazu auch die bei Übernahme noch bedingten und betagten Verbindlichkeiten und Forderungen (§. 26 Abs. 2), namentlich solche aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen (R.O.H. VIII, 385). Nicht übernommen sind Privatschulden und Privatforderungen. Unerheblich ist, ob der Veräußerer Einzelkaufmann war, mithin in anderen Beziehungen seinen Gläubigern die Unterscheidung eines von seinem Privatvermögen verschiedenen Handlungsvermögens nicht angesonnen werden kann (R.O.H. VIII, 41). Erheblich, wenn auch nicht allein entscheidend, wird namentlich der Umstand sein, ob die fragliche Verbindlichkeit oder Forderung in den Handlungsbüchern vermerkt ist (R.O.H. VIII, 42). Ob die von einem Erwerber dem Veräußerer versprochene Abfindung für den Geschäftserwerb eine Geschäftsverbindlichkeit des Erwerbers ist und daher bei einer darauffolgenden Weiterveräußerung des Geschäfts mit der Firma auch den neuen Erwerber verpflichtet, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. (Zwei derartige Fälle, in denen angenommen wurde, daß keine Geschäftsverbindlichkeit vorliege: R.O.H. VIII, 42, XI, 152.)

IV. **Folge der Nichtfortführung der Firma durch den Erwerber.** Der Erwerber erhält Dritten gegenüber kein Recht auf die bisherigen Geschäftsforderungen. Für die Geschäftsverbindlichkeiten haftet er in der Regel nicht. Er haftet jedoch für die Verbindlichkeiten (ohne ein Recht auf die Forderungen zu erhalten), wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, sei es ein besonderer Verpflichtungsgrund gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger oder nur gegenüber einem einzelnen Gläubiger. In letzterem Falle z. B. durch ausdrückliches Schuldanerkenntnis (B.G. §. 781, 782, H.G.B. §. 350), auch durch eine stillschweigende Willenserklärung (R.O.H. XV, 75). Als besonderer Verpflichtungsgrund gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger kommt namentlich in Betracht:

a. **Handelsübliche Weise der Bekanntmachung einer Übernahme der Verbindlichkeiten.** Dieser Verpflichtungsgrund ist in §. 25 Abs. 3 hervorgehoben. Die Übernahme der Verbindlichkeiten muß bekanntgemacht sein, nicht nur die Übernahme des Geschäfts (R.O.H. IV, 6, XVI, 272). Nur wenn der Erwerber (oder ein anderer mit seiner Zustimmung R.G. XXXVIII, 174), nicht auch wenn nur der Veräußerer bekannt macht, wird ersterer verpflichtet. Die Bekanntmachung ist aber selbständiger Verpflichtungsgrund; es ist daher — soweit die hierin liegende Willenserklärung nicht, z. B. wegen Irrtums, anfechtbar ist — unerheblich, ob im Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer eine Übernahme der Verbindlichkeiten rechtsgiltig erfolgt ist (R.G. XXXVIII, 176). Soll bei Ausschluß einzelner bestimmter Schulden von der Übernahme eine über den wirklichen Inhalt des zwischen den Vertragschließenden Verabredeten hinausgreifende Rechtswirkung verhindert werden, so müssen entweder in den allgemeinen Bekanntmachungen die ausgenommenen Gläubiger besonders als solche hervorgehoben, oder es muß spätestens gleichzeitig ihnen eine besondere Mitteilung darüber gemacht werden (R.G. XXXVIII, 177). Ein späteres Übereinkommen zwischen Veräußerer und Erwerber, wonach ersterer einen Teil der Verbindlichkeiten zurückübernimmt, und die Mitteilung dieses Übereinkommens an die Gläubiger ist unerheblich, selbst wenn letztere noch nicht gegen den Erwerber vorgegangen waren (R.O.H. VIII, 383). Handelsüblich ist die Bekanntmachung durch Rundschreiben, auch durch Börsenanschlag (R.O.H. IV, 5) oder Einrückung in Zeitungen (R.O.H. III, 182); als genügend ist auch zu erachten eine zu den jedem zugänglichen Handelsregisterakten (§. 9) eingereichte diesbezügliche Erklärung (R.G. VIII, 66). Eine Bekanntmachung durch Rundschreiben oder in anderer durch besondere Benachrichtigung jedes einzelnen Gläubigers erfolgenden Form braucht nicht allen Geschäftsgläubigern gemacht zu sein (R.O.H. I, 67, XI, 153); es genügt wenn sie einer so erheblichen Zahl zugesendet wird, daß sich hieraus auf den Willen des Geschäftserwerbers schließen läßt, daß die Übernahme der Verbindlichkeiten dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werde (R.G. XVII, 98); in letzterem Fall verliert die Übernahme ihre Wirkung gegenüber den ohne diesbezügliche Erwähnung im Rundschreiben von der Übernahme ausgeschlossenen Gläubigern auch dann nicht, wenn gerade an letztere das Rundschreiben nicht gesandt worden ist (R.G. XXXVIII, 177).

b. **Übernahme eines Vermögens.** Der §. 419 B.G. lautet:

> „Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen.
>
> Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§. 1990, 1991 entsprechende Anwendung.
>
> Die Haftung des Uebernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

Der Fall einer Übernahme des ganzen Vermögens kann namentlich bei Übernahme des Geschäfts und Vermögens einer Handelsgesellschaft in Frage kommen (Denkschr. 37), unter Umständen aber auch bei einem Einzelkaufmann (R.G. XVII, 100).

c. **Vertrag zu Gunsten Dritter.** Wenn die Parteien beabsichtigen, daß aus dem

zwischen ihnen geschlossenen Vertrage ein Dritter (z. B. die bisherigen Geschäftsgläubiger) unmittelbar berechtigt werden sollen (R.O.H. XXI, 233), so tritt diese Wirkung ein (B.G. §. 328). Verpflichtet sich der Erwerber zur Befriedigung der Geschäftsgläubiger, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Dritte ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Erwerber erlangen sollte (B.G. §. 329).

V. **Übernahme bestehender Dienstverträge durch den Erwerber.**

a. **Übertragung bei Lebzeiten des Dienstberechtigten.** Nach §. 613 B.G. ist der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar. Bei Übergang des Geschäfts auf einen neuen Erwerber ist daher der Dienstverpflichtete im Zweifel nicht genötigt, dem Erwerber Dienste zu leisten (Bezüglich des Handlungslungslehrlings: Denkschr. 66). Der Angestellte wird jedoch als verpflichtet zu erachten sein, auch einem neuen Erwerber Dienste zu leisten, wenn nach den Umständen des Falles dadurch eine irgend erhebliche Änderung des Vertragsinhalts nicht eintritt, und auch gegen die Persönlichkeit des Erwerbers keine Einwendungen vorliegen (R.O.H. XVIII, 374). Fährt der Dienstverpflichtete nach Übernahme des Geschäfts durch den Erwerber fort, dem letzteren Dienste zu leisten, so darf er im Zweifel annehmen, daß der Veräußerer diese Thätigkeit als eine Art der Erfüllung des früheren Vertrages wünscht und ihn hinsichtlich der weiteren Vertragserfüllung an den Erwerber als seinen (des Veräußerers) Vertreter verweist, so daß der Dienstverpflichtete den Anweisungen des Erwerbers folgen und selbst eine Entlassung durch letzteren als maßgebend ansehen darf, ohne dadurch seinen Vertragsanspruch gegen den Veräußerer zu verlieren (R.G. XXXVI, 50). Inwieweit der Erwerber in solchem Falle dem Dienstverpflichteten bezüglich rückständiger Geschäftsverbindlichkeiten haftbar wird, richtet sich nach den Vorschriften des §. 25. Dagegen haftet der Erwerber, wenn er die Dienste weiter entgegennimmt, kraft des hierin liegenden besonderen Verpflichtungsgrundes für die Zukunft selbst dann als Gesamtschuldner, wenn er die Firma nicht fortführt. Solange der Veräußerer nicht als Vertragspartei ausgeschieden ist, kann der Erwerber Forderungen gegen den Dienstverpflichteten nur als Vertreter des Veräußerers geltend machen. Im Zweifel ist als Parteiwille anzusehen, daß soweit nach Obigem der Erwerber und der Dienstverpflichtete in ein unmittelbares Verhältnis zu einander treten, für beide alle Bestimmungen des ursprünglichen Dienstvertrages maßgebend bleiben (dagegen O.L.G. Jena v. 2. Juli 1892 Z.f.H. Bd. 42 S. 512).

b. **Der Tod des Dienstberechtigten** führt nach §. 675, 672 B.G. bei Dienstverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, im Zweifel nicht zur Auflösung des Vertrages. Unter besonderen Umständen kann jedoch auch hierin ein wichtiger Grund zur Kündigung des Vertrages ohne Frist liegen (B.G. §. 626, H.G.B. §. 70). Bezüglich des Handlungslehrlings ist ausdrücklich bestimmt, daß im Falle des Todes des Lehrherrn das Lehrverhältnis innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (von jeder Partei) gekündigt werden könne (§. 77 Abs. 4).

§. 26.

Haftung des Veräußerers. Verjährung.

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im §. 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der

Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt.

Die Verjährung beginnt im Falle des §. 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des §. 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Uebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte.

A.D.H. — **Entw. I** §. 24. **Entw. II** §. 25.

§. 26.

I. **Verjährung.** Der §. 26 ist dem §. 159 nachgebildet. Er behandelt nur den Fall der Haftung auf Grund der Fortführung der Firma oder der in §. 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung. Liegt also ein anderer „besonderer Verpflichtungsgrund" vor, so kommen für die Verjährungsfrist nicht die Vorschriften des §. 26 H.G.B., sondern die Vorschriften des B.G. §. 195—197 in Betracht (Denkschr. 37); auch in den Fällen des §. 26 sind ferner die allgemeinen Vorschriften des B.G. über Verjährung, z. B. über Hemmung und Unterbrechung derselben, aushilfsweise maßgebend (Vgl. auch R.G. X, 45, 47), namentlich auch §. 218 B.G. (30jährige Verjährung rechtskräftig festgestellter Ansprüche), falls die rechtskräftige Feststellung nach Beginn der 5jährigen Verjährung des §. 26 erfolgt ist (Vgl. auch R.G. XXXV, 25 in Verbindung mit der neuen Vorschrift in §. 32 H.G.B. über Eintragung der Konkurseröffnung in das Handelsregister). Der §. 26 betrifft nur die Forderungen der Geschäftsgläubiger, nicht auch eine etwaige Forderung des Erwerbers gegen den Veräußerer. Die Verjährung gegen den Veräußerer läuft nur, wenn der Erwerber haftbar ist. Auch hier ist eine Firma im Sinne des H.G.B. (§. 17 Anm. II, IIIa) vorausgesetzt. Für die Berechnung der Verjährungsfrist vgl. §. 187, 188 B.G. Im Falle des §. 25 Abs. 1 ist für den Anfang der Frist die Eintragung des neuen Erwerbers, nicht die Löschung des Veräußerers entscheidend, und zwar auch bezüglich der im Betriebe einer Zweigniederlassung entstandenen Verbindlichkeiten die Eintragung bei dem Register der Hauptniederlassung. Über den Zeitpunkt, wann die Kundmachung als erfolgt gilt, s. §. 130 ff. B.G. Hatte bei Veräußerung bereits der Lauf einer Verjährungsfrist begonnen, so ist ihr Ende maßgebend, falls es vor dem Ende der fünfjährigen Frist des §. 26 eintritt.

II. **Sonstige Befreiung des Veräußerers von der Mithaftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten.** Durch die Vorschriften des §. 26 ist nicht ausgeschlossen, daß die Mithaftung des Veräußerers durch besondere Rechtshandlungen auch vor Ablauf der fünfjährigen Verjährung aufgehoben wird. So, abgesehen von Zahlung seitens des Erwerbers (§§. 267, 268, 422 B.G.) oder ausdrücklichem Verzicht des Gläubigers (§. 422, 425 B.G.), durch Schuldübernahmevertrag zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger (§. 414 B.G., R.G. XI, 127). Ein solcher Schuldübernahmevertrag liegt nicht notwendig darin, daß der Gläubiger den Erwerber in Anspruch nimmt; vielmehr kann bei einer solchen Inanspruchnahme die Absicht obwalten, nur zuerst gegen jenen vorzugehen unter Vorbehalt des Anspruchs an den Veräußerer (R.G. XIX, 255; über die umgekehrte Frage, ob der Erwerber durch Vorgehen des Gläubigers gegen den Veräußerer unter Umständen befreit wird, vgl. R.O.H. VIII, 383). Hatte der Veräußerer gekauft, so verliert der Gläubiger durch eine bei Fälligkeit an den Erwerber erfolgende Lieferung nicht bereits seinen Anspruch auch gegen den Veräußerer (R.G. XXXI, 47). War aber bedungen, daß die Lieferung gegen unbefristete Zahlung oder Wechselhingabe erfolgen solle, und giebt der Liefernde in einem solchen Falle die Ware an den Erwerber, ohne

die sofortige Zahlung oder einen auch von dem Veräußerer unterschriebenen Wechsel zu verlangen, so hat er auf den alleinigen Kredit des Erwerbers hin geliefert und kann dann den Veräußerer nicht mehr in Anspruch nehmen (R.G. XIX, 131, XXXI, 47; vgl. XXXVI, 51).

III. **Haftung des Veräußerers für künftige Geschäftsverbindlichkeiten.** Ist bei Veräußerung des Geschäfts mit der Firma oder Ermächtigung eines Fremdbesitzers (§. 22 Anm. IV) zum Gebrauch der Firma als der eigenen (R.O.H. XXI, 306) die Eintragung der Änderung des Firmeninhabers (§. 31) versäumt, so bleibt der Veräußerer gemäß §. 15 Abs. 1 haftbar, insoweit er nicht beweist, daß dem Dritten die Änderung bekannt war.

Erwerb von Todeswegen. §. 27.

Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des §. 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach §. 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

A.D.H. — **Entw. I** §. 25. **Entw. II** §. 26.

§. 27.

I. **Zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft.**

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. §. 22 Anm. I d.

b. **Nachlaß.** Dies bildet den Gegensatz zu dem „unter Lebenden erworben“ in §. 25. Unter den §. 27 fällt daher nicht ein Erwerb durch Vermächtnis oder im Wege der Erbteilung (§. 25 Anm. I c). In §. 27 wird nicht unterschieden zwischen einem Erwerb kraft gesetzlichen Erbrechts und einem Erwerb durch letztwillige Verfügung. Auch der Erwerb eines Erbteils durch Erbvertrag (B.G. §. 2278) oder Schenkungsversprechen für den Todesfall (B.G. §. 2301 Abs. 1) gehört hierher.

II. **Fortführung durch den Erben.**

a. **Fortführung.** Vgl. §. 25 Anm. II a.

b. **Erbe.** Vgl. B.G. §. 1922 und oben Anm. I b. Daß der Fortführende in rechtsgiltiger Weise Erbe geworden, ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des §. 27. Ob er auch in anderen Fällen haftet, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Der §. 27 trifft auch den Fall, daß mehrere Erben gemeinschaftlich das Geschäft fortführen.

III. **Haftung des Erben.**

a. **Geschäftsverbindlichkeiten.** Vgl. §. 25 Anm. III a, b. Nur bezüglich der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten ist §. 25 für anwendbar erklärt. Das Recht des Erben auf die Geschäftsforderungen bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des B.G. (Denkschr. 38). Bezüglich der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten ist mithin auch bei dem Erben zu unterscheiden, ob er das Geschäft unter der bisherigen Firma (mit oder ohne Nachfolgezusatz; §. 25 Anm. II b) fortführt oder nicht (§. 25 Anm. III, IV). Führt er die bisherige Firma fort oder besteht ein besonderer Verpflichtungsgrund, z. B. durch handelsübliche Be-

kanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten, so haftet demgemäß der Erbe mit seinem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf die Vorschriften, welche nach dem B.G. die Haftung beschränken (Denkschr. 38). Über die Rechte des Erben gegen Dienstverpflichtete vgl. §. 25 Anm. V.

b. **Schwebezeit.** Für den Fall der Fortführung des Geschäfts mit der Firma tritt nach §. 27 Abs. 2 die unbeschränkte Haftung des Erben nicht ein, wenn er innerhalb der dort bestimmten Frist die Fortführung des Geschäfts einstellt. Dies ist entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß der Erbe zwar nicht die Fortführung des Geschäfts, aber die Fortführung der Firma einstellt und kein besonderer Verpflichtungsgrund (§. 25 Abs. 3) vorliegt. Der §. 27 Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß bei Fortführung der Firma die Folgen des §. 25 Abs. 1 sofort eintreten, aber unter der auflösenden Bedingung der Einstellung der Fortführung binnen der bestimmten Frist. Für die Wirkung dieser auflösenden Bedingung sind die §§. 158 ff. B.G. entsprechend anwendbar. Vgl. jedoch auch §§. 2014, 2016 Abs. 1 B.G. Der im §. 27 Abs. 2 angezogene §. 206 B.G. lautet:

„Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Die regelmäßige Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beträgt sechs Wochen seit Kenntnis von der Berufung zur Erbschaft oder späterer Verkündung der letztwilligen Verfügung (§. 1944 Abs. 1, 2 B.G.). Sie beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält (§. 1944 Abs. 3 B.G.).

§. 28.

Hinzutritt eines Gesellschafters zu einem Einzelkaufmann.

Tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgetheilt worden ist.

A.D.H. — **Entw. I** §. 26. **Entw. II** §. 27.

§. 28.

I. **Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns.** Im bisherigen A.D.H. waren diesbezügliche Bestimmungen nur für den Fall des Eintritts in eine bereits vorhandene Gesellschaft getroffen; jene Bestimmungen sind jetzt in die §§. 130, 173 (vgl. auch §. 176 Abs. 2) übernommen. Der §. 28 behandelt nur den Fall des Eintritts als Gesellschafter eines Einzelkaufmanns,

der Hinzutretende mag offener Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist einer Kommanditgesellschaft werden. Der Eintritt ist im Verhältnis zu Dritten erst dann vollendet, wenn die neue Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist oder ihre Geschäfte begonnen hat (§. 123, R.O.H. XVII, 355; vgl. §. 172 Abs. 1, §. 176 Abs. 1). Wird eine Gesellschaft aus mehreren Geschäften bisheriger Einzelkaufleute gebildet, so ist §. 28 bezüglich jedes der früheren Geschäfte anwendbar (Staub zu Art. 113). Für die Anwendbarkeit des §. 28 ist, da er die Fortführung einer „Firma" nicht voraussetzt, unerheblich, ob der bisherige Einzelkaufmann Vollkaufmann oder Minderkaufmann war; dagegen muß die entstehende Gesellschaft die Eigenschaft eines Vollkaufmanns haben, da bei Vereinigungen von Minderkaufleuten nicht von einem „persönlich haftenden Gesellschafter" oder einem „Kommanditisten" gesprochen werden kann (§. 4 Abs. 2).

II. **Verpflichtung und Berechtigung der entstehenden Gesellschaft.** Da im Falle des §. 28 die Person des Geschäftsinhabers nicht vollständig wechselt, sondern der bisherige Inhaber im Geschäft verbleibt, so tritt selbst wenn die Firma nicht fortgeführt wird, die strengere Folge des §. 25 **Abs. 1**, die Haftung für alle früheren Geschäftsverbindlichkeiten (§. 25 Anm. III a, b) ein, andererseits aber auch die Berechtigung der Gesellschaft bezüglich der früheren Geschäftsforderungen. In letzterer Beziehung ist der bisherige Einzelkaufmann von selbständiger Geltendmachung der Forderungen ausgeschlossen (§. 25 Anm. III); dagegen kann er (anders als im Fall des §. 25) solche Forderungen einredeweise geltend machen (§. 129, 161 Abs. 2). Daraus, daß die Gesellschaft für haftbar bezüglich der früheren Geschäftsverbindlichkeiten erklärt ist, folgt, daß hierfür auch die einzelnen Gesellschafter, also sowohl der bisherige Einzelkaufmann wie der neu eintretende Gesellschafter (letzterer, falls er Kommanditist, nur bis zum Betrage seiner Einlage), unmittelbar den Gläubigern haften (Denkschr. 38, §§. 128, 171). — Auch im §. 28 (ebenso §. 25 Abs. 2, anders dagegen §. 130 Abs. 2, §. 173 Abs. 2) ist sowohl bezüglich der Geschäftsverbindlichkeiten wie bezüglich der Geschäftsforderungen eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung zwischen dem Einzelkaufmann und dem eintretenden Gesellschafter zugelassen; dem Dritten gegenüber erlangt sie Wirksamkeit nur unter den Voraussetzungen des Abs. 2. — Über das bisherige Recht s. Elfte Auflage Anm. 44 a zu Art. 113 A.D.H. und R.G. XXXI, 140.

V. Anzumeldende Thatsachen (§§. 29—36).

§. 29.

Neue Firma.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. Art. 19. **Entw.** I §. 27. **Entw.** II §. 28.

§. 29.

I. **Anmeldung und Zeichnung.** Über die Form vgl. §. 12 Anm. I; nur die Firma, nicht auch — wie bisher nach Art. 19 A.D.H. — die persönliche Unterschrift ist zu zeichnen. Über die sachlichen Voraussetzungen der Anmeldung und den Umfang der Prüfungsbefugnis des Registerrichters vgl. §. 12 Anm. II. Durch die Anmeldung wird erklärt, daß der Anmeldende Kaufmann sei und unter der angegebenen Firma sein Handelsgewerbe betreibe, und nicht, daß er es erst künftig betreiben werde; der

durch das Handelsregister dem Publikum kundgegebene Zustand soll der gegenwärtige sein (R.G. XXII, 59). Über die Folgen des unberechtigten Gebrauchs („Gebrauch“ ist auch die von der Eintragung gefolgte Anmeldung R.G. XXII, 60) einer Firma s. §. 37.

II. **Kaufmann.** Vgl. §. 1 Anm. II. Durch die Erwähnung der „Firma“ sind Minderkaufleute ausgeschlossen. Über juristische Personen s. §. 33, über Körperschaften des öffentlichen Rechts §. 36, über die einzelnen Handelsgesellschaften die Sondervorschriften in den dieselben betreffenden Abschnitten.

III. **Firma.** Vgl. §. 17 Anm. II, III a, c.

IV. **Handelsniederlassung.** Dies ist gleichbedeutend mit „Niederlassung“, umfaßt mithin sowohl Hauptniederlassung wie Zweigniederlassung. (Dagegen für den bisherigen Art. 19 A.D.H. mit Rücksicht zum Teil auf die — jetzt geänderte — Stellung der Vorschriften über Zweigniederlassungen im A.D.H.: R.G. XXI, 2. Vgl. auch §. 68 Abs. 2.) Über den Begriff der „Niederlassung“ vgl. §. 13 Anm. I b. Der Ort des Wohnsitzes ist an sich nicht anzumelden; besteht jedoch keine getrennte Handelsniederlassung, so ist der Wohnsitz eines Kaufmanns zugleich seine Handelsniederlassung (Staub). So z. B. bei einem Privatbörsenmakler, welcher alle Geschäfte an der Börse macht und dort die Schlußscheine ausstellt, ohne aber einen festen Stand dort zu haben, und der seine Bücher in der Privatwohnung führt (L.G. I Berlin v. 9. Juli 1897. Bl. f. Rpfl. 81).

V. **Ort.** Die Vorschrift, daß auch der Ort der Niederlassung einzutragen sei, ist neu aufgenommen. Unter „Ort“ im Gegensatz zu „Gemeinde“ ist die im Handels- und sonstigen Verkehr gebräuchliche Benennung eines Bezirks zu verstehen (Johow VIII, 11; O.L.G. Dresden v. 31. März 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 529) im Gegensatz zu einer Benennung unter Bezugnahme auf die zu Zwecken der Staatsverwaltung erfolgte Begrenzung des Bezirks. „Ort“ ist mithin z. B. eine größere Stadt mit ihren anstoßenden, wenn auch getrennt verwalteten Vorstädten, „Gemeinde“ nur jene Stadt bis zur Grenze ihres Weichbildes. Die einzelnen Ortschaften, welche zusammen einen „Ort“ im Sinne des H.G.B. bilden, brauchen sogar nicht räumlich ununterbrochen zusammenzuhängen; ebenso können sie sogar verschiedenen Bundesstaaten zugehören (Johow VIII, 11). In der Regel wird „Ort“ einen weiteren, „Gemeinde“ einen *engeren* Bezirk bezeichnen, nicht umgekehrt, wie P. 920 vorausgesetzt. Eine Vorschrift, daß auch die Lage der Geschäftsräumlichkeiten innerhalb des Ortes der Niederlassung (Straße, Hausnummer) und der Geschäftszweig einzutragen sei, ist nicht aufgenommen worden. Nach Denkschr. 39 soll hierdurch nicht ausgeschlossen sein, zum Zwecke besserer Unterscheidung die Angabe des Geschäftszweiges und der Lage der Geschäftsräume bei der Anmeldung zu verlangen und in die Bekanntmachung der Eintragung aufzunehmen; es könne den Ausführungsverordnungen überlassen bleiben, die Gerichte, soweit nötig, mit entsprechender Anweisung zu versehen.

§. 30. Unterscheidbarkeit der Firmen.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne die gleichen Vornamen und den gleichen Familiennamen und will auch er sich dieser Namen als seiner Firma bedienen, so muß er der Firma einen Zusatz beifügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo eine Zweigniederlassung

errichtet wird, bereits eine gleiche eingetragene Firma, so muß der Firma für die Zweigniederlassung ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechender Zusatz beigefügt werden.

Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind.

A.D.H. Art. 20, 21 Abs. 2. **Entw. I** §. 28. **Entw. II** §. 29.

§. 30.

I. **Neue** Firma ist jede Firma (§. 17 Anm. II, III a), welche innerhalb des betreffenden (§. 31 Anm. II) Orts bezw. Gemeindebezirks neu gebraucht (§. 37 Anm. I b) wird, gleichgiltig ob ihre Eintragung überhaupt nachgesucht ist oder nicht, gleichgiltig andererseits auch, ob ihre Eintragung etwa bereits (zu Unrecht) erfolgt ist. Nicht gehindert ist der fortgesetzte Gebrauch einer (wenn auch zu Unrecht) nicht eingetragenen (alten) Firma, auch nachdem später eine gleichlautende neuere Firma eingetragen wird. — Wird die Eintragung einer neuen Firma, welche mit einer eingetragenen übereinstimmt, nachgesucht, so wird der Registerrichter nur in dem Fall, daß die Voraussetzungen für Erzwingung einer Löschung der älteren Eintragung von Amtswegen (§. 37 Abs. 1 H.G.B., §. 138 Entwurf des Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit) vorliegen, die Eintragung der neuen Firma bewirken dürfen; anders — vorbehaltlich der Entscheidung im Rechtsstreit — wenn nur ein privatrechtlicher Anspruch auf Löschung der älteren Firma (§. 37 Abs. 2) vorliegt. (Dahin ist R.O.H. VI, 248 zu beschränken; vgl. auch R.G. XXIX, 72.).

II. **Unterscheidbarkeit** neuer Firmen.

a. Nur von **bestehenden und eingetragenen** Firmen soll die neue Firma sich unterscheiden. Ist eine Firma eingetragen bevor sie besteht (d. h. gebraucht wird; §. 37), oder ist sie noch eingetragen, trotzdem sie zu bestehen aufgehört hat (§. 17 Anm. II a, R.G. XXIX, 69, Bolze Bd. 15, Nr. 111; vgl. §. 22 Anm. I b), so ist dies kein Hinderungsgrund für die Neueintragung einer gleichlautenden Firma. Das Vorhandensein einer nicht eingetragenen Firma steht der Eintragung einer neuen gleichlautenden Firma nicht entgegen, auch wenn die nichteingetragene Firma die eines Vollkaufmanns ist. Nur die Eintragung, nicht die Veröffentlichung ist für erheblich erklärt. Als eingetragen gilt eine Firma auch dann noch, wenn im Register vermerkt ist, daß sie sich in Liquidation befindet (Johow X, 17, Bolze Bd. 15 Nr. 112), denn dieser Vermerk ändert die Firma nicht, sondern giebt nur an, in welchem rechtlichen Zustand sie sich befindet (R.G. XXIX, 68; vgl. §. 153: „bisherigen").

b. Nur von den **an demselben Ort oder in derselben Gemeinde** bestehenden Firmen soll die neue Firma sich unterscheiden. Über die Bedeutung von „Ort" und „Gemeinde" s. §. 29 Anm. V. Nach §. 30 Abs. 4 kann die Landesregierung bestimmen, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne „dieser Vorschriften" (d. h. nur des §. 30. Denkschr. 40) anzusehen sind. Es wurde angenommen, daß in der Verschiedenheit des Ortes bei Gleichheit der Firmen (selbst bei denjenigen von A.Gen.) bereits ein genügendes Unterscheidungsmerkmal liege (M. 17. Denkschr. 40). Soweit eine unredliche Nachahmung fremder Firmen vorliegt, greift auch jenseits der Grenzen des Ortes und der Gemeinde das Ges. zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (R.G.Bl. 441) §. 14, 15 und das Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 (R.G.Bl. 145) §. 8 ein. Werden zwei Orte zu einem vereinigt (z. B. durch Aneinanderwachsen) oder zwei Gemeinden zu einer (z. B. durch Eingemeindung), so bleiben selbst gleichlautende Firmen der früheren

getrennten Bezirke gleichberechtigt und ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Eintragung nebeneinander bestehen, denn im Gesamtort oder der Gesamtgemeinde ist keine der früher in verschiedenen Einzelorten oder Einzelgemeinden bestehenden Firmen im Verhältnis zu einander eine „neue" (Johow XVI, 11).

c. **Deutlich** soll die Unterscheidung sein. Da die Firma nach kaufmännischer Sitte genau so wie sie einmal angenommen ist, z. B. auch mit genauer Beibehaltung etwaiger Abkürzungen, geführt wird, so genügen verhältnismäßig geringe Unterschiede; es sind daher z. B. genügend unterschieden „C. Meyer" von „Carl Meyer", „C. F. Meyer" von „F. C. Meyer", „C. H. Benecke & Co." von „Benecke & Co."; es ist nicht nötig, daß die Firma auch, wenn sie in verstümmelter Form gebraucht wird, sich noch von einer anderen unterscheide; ob beide Firmen sich auf Geschäfte desselben Geschäftszweiges oder verschiedener Geschäftszweige beziehen, und ob unlauterer Wettbewerb beabsichtigt wird, ist für den Grad der erforderlichen Unterscheidung unerheblich (R.G. XX, 73). Für deutlich unterschieden wurden auch erachtet die Firmen „Barbarossa Brunnen E. B.", „Barbarossa Brunnen H. K." und „Barbarossa Brunnen E. Br. & Co." (R.G. XXXVIII, 84). Deutlich unterscheidet sich auch eine Firma mit Nachfolgezusatz von derselben Firma ohne Zusatz (dagegen Staub); ob aus einem anderen Grunde der Inhaber einer dieser Firmen ein Untersagungsrecht gegenüber dem Inhaber der anderen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Deutlich unterscheiden sich ferner zwei Firmen, welche bei sonstiger Gleichheit zwei verschiedene Familiennamen enthalten (Johow XIII, 29). Eine Firma „George Meisel & Komp." wurde neben einer bestehenden Firma „George Meusel & Komp." nicht zugelassen (O.L.G. Dresden v. 11. Juli 1895, Z.f.H. Bd. 46 S. 471).

III. **Zusatz bei Gleichheit der Namen.** Es kommt nicht darauf an, welche Vornamen (§. 18 Anm. III b) und welchen Familiennamen (§. 18 Anm. III a) der Inhaber der alten, bereits eingetragenen Firma überhaupt hat, sondern welche von diesen Namen in der eingetragenen Firma enthalten sind; entsprechend bei dem Inhaber der neu einzutragenden Firma. Von zwei Kaufleuten „Karl Friedrich Müller" kann der eine die Firma „Karl Müller", der andere die Firma „Friedrich Müller" eintragen lassen, ohne daß ein Unterscheidungszusatz erforderlich ist. Der Zusatz soll eine **deutliche** (oben Anm. II c) Unterscheidung bewirken, er muß ein nach §. 18 Abs. 2 erlaubter (§. 18 Anm. III c) sein. Das Vorstehende gilt ebensowohl für Hauptniederlassungen bezüglich des Orts und der Gemeinde der Hauptniederlassung, wie für Zweigniederlassungen bezüglich des Orts und der Gemeinde der Zweigniederlassung (§. 30 Abs. 3). Die Vorschrift für Zweigniederlassungen deckt auch andere als bloß durch Vornamen und Familiennamen übereinstimmende Firmen; dasselbe gilt trotz der beschränkteren Fassung des §. 30 Abs. 2 doch auch für die Hauptniederlassung. Die Zweigniederlassung wird in der Regel dieselbe Firma haben wie die Hauptniederlassung, sie muß, wenn Gleichheit der Firmen am Ort der Zweigniederlassung bestehen würde, einen Unterscheidungszusatz erhalten (§. 30 Abs. 3), sie kann aber nach Belieben des Inhabers, auch ohne jene Voraussetzung der drohenden Firmengleichheit, entweder die Firma der Hauptniederlassung mit Unterscheidungszusatz oder eine ganz abweichende Firma erhalten (§. 13 Anm. II h).

§. 31. **Änderungen, Verlegung, Erlöschen.**

Eine Aenderung der Firma oder ihrer Inhaber sowie die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort ist nach den Vorschriften des §. 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Er-

löschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem im §. 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amtswegen einzutragen.

A.D.H. Art. 25 Abs. 1. **Entw. I** §. 29. **Entw. II** §. 30.

§. 31.

I. **Änderung der Firma oder ihrer Inhaber.** Auch diese Vorschrift betrifft nur Firmen im Sinne des H.G.B. (§. 17 Anm. II, IIIa); liegt aber eine solche Firma vor, so gilt die Vorschrift, daß die Änderung einzutragen ist, ohne Rücksicht darauf, ob die geänderte Thatsache eingetragen war (R.O.H. XXIII, 227, Staub zu Art. 25 A.D.H. gegen Wulff in Z.f.H. Bd. 42 S. 1) und selbst, wenn die geänderte Thatsache nicht eintragungspflichtig war (R.G. XV, 35). Auch in den letzterwähnten Fällen findet daher bei Nichteintragung der Änderung der §. 15 Abs. 1 Anwendung. Nach R.O.H. XXIII, 227 kann, um die hieraus folgenden fortdauernden Nachteile zu beseitigen, die ursprünglich versäumte Eintragung nachgeholt und im Anschluß hieran die Änderung eingetragen werden. Der Eintritt der Liquidation bedingt keine „Änderung", noch weniger ein „Erlöschen" der Firma im Sinn des §. 31 (R.G. XV, 105, XXIX, 68); der Eintritt der Liquidation ist allerdings auf Grund anderer Bestimmungen anzumelden und die bisherige Firma mit Liquidationszusatz zu gebrauchen (§. 148, 153, 296, 298). — Eine anzumeldende Änderung der Inhaber ist auch die Änderung infolge Erbganges (vgl. § 27) und die Änderung infolge Übernahme der Firma als eigener durch einen Fremdbesitzer (§. 22 Anm IV). Der Fall der Änderung ist nicht ein besonderer Fall des Erlöschens der Firma, sondern steht selbständig neben dem letzteren. Eine Änderung (und kein Erlöschen) der alten Firma liegt namentlich dann vor, wenn für denselben unverändert fortgeführten Gewerbebetrieb eine andere Firma gewählt wird (Johow XIV, 245).

II. **Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort** ist zwar anzumelden, bewirkt aber kein Erlöschen der Firma überhaupt, sondern nur ein Aufhören des Gebrauchs an dem früheren Ort der Niederlassung; die Firma unterliegt an dem neuen Ort nicht den Vorschriften der §§. 18—20 über Neubildung von Firmen (R.G. XX, 171), wohl aber den im §. 30 gegebenen Vorschriften, da sie für den neuen Bezirk eine „neue" ist. Nur die Anmeldung der Verlegung an einen anderen „Ort" (=Handelsplatz, §. 29 Abs. 5), nicht auch einer Verlegung in eine andere „Gemeinde" innerhalb desselben Ortes, ist vorgeschrieben. Dies entspricht der Vorschrift des §. 29, wonach auch bei der ersten Anmeldung der Firma nur der „Ort" (nicht die „Gemeinde") der Niederlassung anzugeben ist. „Niederlassung" vgl. §. 29 Anm. IV.

III. **Erlöschen der Firma.**

a. **Firma** (§. 17 Anm. II, III a.). Eingeschlossen sind — nach bisherigem Recht war dies bestritten — die Firmen von Handelsgesellschaften, auch Aktiengesellschaften (§. 6 Abs. 1, §. 157 Abs. 1, §. 302 Abs. 1, Denkschr. 40).

b. **Erlöschen.** Das Erlöschen der Firma kann erfolgen entweder thatsächlich durch andauernden Nichtgebrauch der Firma (R.G. XXII, 60; jedoch nur, wenn der Wille des Firmeninhabers, die Firma aufzugeben, klar erkennbar geworden ist, R.G. in Strss. XXIII, 349), oder kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (§. 22) bei Aufhören des Geschäftsbetriebes, wenn gleichzeitig der Inhaber vollständig wechselt und die bisherige Firma für den neuen Inhaber nicht als neue begründet werden könnte. Denn in letzterem Fall würde bei fernerem Gebrauch der Firma diese nicht „für das Geschäft" fortgeführt werden, mithin die Fortführung unzulässig sein (§. 22 Anm. III; vgl. §. 24 Anm. I). Wird in anderen Fällen ein bestehendes Handelsgeschäft aufgegeben (§. 22 Anm. I b), so erlischt hierdurch — falls nicht

etwa ein Erlöschen durch Nichtgebrauch in Frage steht — die Firma nicht, da dann die Regel wieder zur Geltung kommt, wonach die Firma an die Person, nicht an das Geschäft geknüpft ist (§. 17 Anm. II b; vgl. jedoch RG. XXIX, 69); die Firma kann dann vielmehr von dem bisherigen Inhaber auch für ein anderes Geschäft fortgeführt werden. Ueber Liquidation s. Anm. I. Über Konkurs s. §. 32 Anm. II. Kann die Anmeldung des Erlöschens durch die Verpflichteten nicht herbeigeführt werden (z. B. weil der Anmeldungspflichtige nicht zu ermitteln ist, oder weil Ordnungsstrafen wegen Vermögenslosigkeit des Bestraften oder aus anderem Grunde erfolglos bleiben), so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen. Das bisher hierüber bestimmende Gesetz v. 30. März 1888 (R.G.Bl. 129) ist aufgehoben durch Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 8 Ziff. 1 und soll durch §. 137 Entwurf zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersetzt werden. Bezüglich gleichzeitiger Löschung eingetragener Prokuren ist den Ausführungsanweisungen vorbehalten, Bestimmungen zu treffen (Denkschr. 40).

§. 32. Konkurs.

Wird über das Vermögen eines Kaufmanns der Konkurs eröffnet, so ist dies von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen. Das Gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sowie von der Einstellung und Aufhebung des Konkurses. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragungen findet nicht statt. Die Vorschriften des §. 15 bleiben außer Anwendung.

A.D.H. — Entw. I §. 30. Entw. II §. 31.

§. 32.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Die Vorschrift ist in das H.G.B. neu aufgenommen; sie galt bisher schon vielfach auf Grund von Landesgesetzen. (Über das bisherige Recht s. für Preußen auch Pr. Einf.-Ges. v. 1861 Art. 13 u. Ausf.-Ges. z. K.O. v. 6. März 1879, G. S. 109, §. 13.) Vgl. Konk.-Odg. §§. 104, 105, 151, 175, 184, 191 Die Bestimmung gilt auch für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. (Vgl. §. 64 Abs. 3 Ges. v. 20. April 1892, §. 6 Abs. 1 H.G.B., Art. 11^{XVI} Einf.-Ges. z. H.G.B.)

II. **Fortbestehen der Firma trotz Konkurses.** Der Konkurs bewirkt nicht das Erlöschen der Firma eines Einzelkaufmanns (Johow XIII, 37); auch eine Gesellschaft lebt bei Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder durch Einstellung wieder auf (R.G. XXVIII, 133) und kann mithin die frühere Firma fortführen. Die Firma geht auch nicht dadurch unter, daß die Konkursgläubiger das Aufgeben des zugehörigen Handelsgeschäfts beschließen und durchführen, denn auf den Aufgebungswillen des Gemeinschuldners kommt es an (Johow XIII, 40; vgl. §. 22 Anm. I b). Nur der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter, kann über die Firma verfügen und z. B. sie veräußern (R.G. IX, 106; vgl. §. 17 Anm. III b).

§. 33. Juristische Person. Neue Firma.

Eine juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat, ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter

Abschrift beizufügen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes nicht.

Bei der Eintragung sind die Firma und der Sitz der juristischen Person, der Gegenstand des Unternehmens und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens sind gleichfalls einzutragen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 31 Abs. 1—3. **Entw. II** §. 32.

§. 33.

I. **Juristische Person.** Die Bestimmungen über juristische Personen (§§. 33—35 und 36) sind neu aufgenommen. Für die juristischen Personen gelten auch die §§. 29—32; die §§. 33—36 bilden nur eine Ergänzung zu den ersteren und eine teilweise Abänderung derselben. Der §. 36 enthält Sonderbestimmungen für Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes. Die §§. 33—35 betreffen nur solche juristische Personen, deren Eintragung mit Rücksicht auf den Gegenstand (§. 1) oder auf die Art und den Umfang (§ 2, 3) ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat, also nicht diejenigen, welche ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Gewerbetriebes einzutragen sind (A.Gen., K.A.Gen., Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung; §. 6 Anm. I). Für die letzteren gelten Sonderbestimmungen. Als unter die §§. 33—35 fallend verbleiben mithin namentlich Kolonialgesellschaften (Ges. v. 15. März 1888 §. 8—10 R.G.Bl. 78), Vereine deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet und denen die Rechtsfähigkeit staatlich verliehen ist (B.G. §§ 22, 23), diejenigen Bergwerksgesellschaften, welche die Eigenschaft juristischer Personen haben (anderenfalls Art. 5 Einf.-Ges. z. H.G.B.), also insbesondere Gewerkschaften neueren Rechts (Denkschr. 41).

II. **Anmeldung.** Über die Form §. 12, bei Zweigniederlassungen §. 13, über den Inhalt §. 29. Außer den in §. 33 Abs. 2 genannten Urkunden ist auch die Zeichnung der Unterschriften beizufügen (§. 35). Besteht keine Satzung, so braucht eine solche nicht beigefügt zu werden (Denkschr. 42).

III. **Firma.** Auch juristische Personen sind nur eintragungsfähig wenn sie Vollkaufleute sind (§. 4 Abs. 1). Die Firma der juristischen Person wird in der Regel mit ihrem Namen übereinzustimmen haben, da §. 18 entsprechend anwendbar ist; jedoch können die in §. 18 Abs. 2 gestatteten Zusätze hinzugefügt werden. Solche Zusätze sind nach §. 29 erforderlich, falls anderenfalls Firmengleichheit vorliegen würde (Denkschr. 41).

IV. **Sitz** der juristischen Person entspricht dem Wohnsitz einer lebenden Person. Während der letztere nicht zum Handelsregister angemeldet zu werden braucht (§. 29 Anm. IV), ist ersterer anzumelden. Die juristische Person muß außer ihrem Sitz (§. 33) auch den Ort ihrer Handelsniederlassung (§. 29) anmelden soweit beides auseinanderfällt.

§. 34.

Juristische Person. Änderung, Auflösung, Konkurs.

Jede Aenderung der nach §. 33 Abs. 3 einzutragenden Thatsachen oder der Satzung, die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist, sowie die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugniß sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung einer Aenderung der Satzung genügt, soweit nicht die Aenderung die im §. 33 Abs. 3 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Aenderung.

Die Anmeldung hat durch den Vorstand oder, sofern die Eintragung erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll, durch die Liquidatoren zu erfolgen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Im Falle des Konkurses finden die Vorschriften des §. 32 Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 31 Abs. 4. **Entw. II** §. 33, 31.

§. 34.

Der §. 34 ergänzt die §§. 31, 32 und gilt neben ersteren. Es ist daher z. B. auch eine Verlegung der Niederlassnng ohne Änderung des Sitzes und ein Erlöschen der Firma ohne Auflösung der juristischen Person einzutragen. Abs. 5 ist von der Reichstagskommission hinzugefügt, da es zweifelhaft sein könne, ob §. 32 auch ohnedies anwendbar sei (K.B. 17). In Wahrheit kann indessen nicht zweifelhaft sein, daß dies der Fall gewesen wäre.

§. 35.

Juristische Person. Zeichnung der Unterschrift.

Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren einer juristischen Person haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 31 Abs. 2, 4. **Entw. II** §. 34.

§. 35.

Über die Form der Zeichnung s. §. 12 Anm. I.

§. 36.

Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.

Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Erfolgt die Anmeldung, so ist die Eintragung auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens zu beschränken.

A.D.H. — **Entw. I** §. 32. **Entw. II** §. 35.

§. 36.

Für die in §. 36 genannten Unternehmen besteht keine Eintragungspflicht, aber ein Eintragungsrecht. (Für das bisherige Recht war eine Eintragungspflicht angenommen in Johow XII, 17.) Ihre Eigenschaft als Kaufleute gemäß §. 1 ist unberührt davon, ob sie eingetragen sind oder nicht (§. 1 Anm. II E); dagegen können sie gemäß §. 2 u. 3 nur durch Eintragung Kaufleute werden (§. 2. Denkschr. 42; z. B. bei staatlichen Bergwerken). Auch wenn eine Eintragung der Firma nicht erfolgt ist, muß eine etwaige Prokura dennoch angemeldet werden (§. 53. Denkschr. 42). Eine etwa erfolgende Anmeldung unterliegt den Vorschriften der §§. 29—35; insbesondere ist daher auch eine Zeichnung der Unterschriften durch die jenes Unternehmen leitenden Beamten zu bewirken, und eine etwa für das Unternehmen vorhandene Satzung ist einzureichen; ebenso sind die in §. 31, 34 bezeichneten Änderungen anzumelden: nur die Eintragung ist zu beschränken auf Firma (§. 33 Anm. III), Sitz (§. 33 Anm. IV) und

Gegenstand des Unternehmens. — Bezüglich der Reichsbank verbleibt es (Art. 2 Abs. 2 Einf.-Ges. z. H.G.B.) bei der Bestimmung des Bankgesetzes v. 14. März 1875 §. 66: „Die Bestimmungen des H.G.B. über die Eintragung in das Handelsregister und die rechtlichen Folgen derselben finden auf die Reichsbank keine Anwendung." Die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten gelten nach §. 452 H.G.B. nicht als Kaufleute im Sinne des H.G.B.

VI. Schutz gegen widerrechtlichen Firmengebrauch.

§. 37.

Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach §. 14 Satz 2.

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein Anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt.

A.D.H. Art. 26 Abs. 2, Art. 27 Abs. 1. Entw. I §. 33. Entw. II §. 36.

§. 37.

I. Gebrauch einer Firma.

a. Firma; eingetragene oder nicht eingetragene, aber nur eine Firma im Sinne des Handelsgesetzbuchs (§. 17 Anm. II, III a). Der Gebrauch einer Firma muß vorliegen, nicht etwa nur der Gebrauch einer nicht zur Firma gehörigen, die Benachrichtigung des Publikums bezweckenden Notiz (R.G. V, 112, XIX, 23). Ist eine Firma eingetragen, so darf der Firmeninhaber für das betreffende Geschäft nur diese Firma genau in der Fassung, in welcher sie eingetragen ist, führen; er darf namentlich nicht etwa nur einen Teil der eingetragenen Firma führen (z. B. nicht „La Ferme" statt, wie eingetragen, „J. Huppmann La Ferme" R.O.H. IV, 261. Vgl. P. 923), denn entweder liegt hierin eine (nach §. 31 anzumeldende) Änderung der Firma oder der (unzulässige §. 17 Anm. III c) Gebrauch mehrerer Firmen für dasselbe Geschäft. Ein Gebrauch der Firma liegt nicht nur dann vor, wenn die betreffende Firma allein gebraucht wird, sondern auch wenn die Firma unverändert als äußerlich abgegrenzter Teil in eine andere Firma aufgenommen und in dieser gebraucht wird. Z. B. ist die Firma „J. Habbel & Co." gebraucht, wenn die Firma „Otto Junkerstorff & Co. vormals J. Habbel & Co." gebraucht wird (R.G. V, 111, XIX, 24), die Firma „H. L.", wenn „D. & G., früher H. L." oder „D. & G., früher H. L.sches Haus" firmiert, nicht aber, wenn nur die Bezeichnung „D. & G., im früher L.schen Hause" gebraucht wird (Bolze Bd. 16 Nr. 116). Nicht jedoch wird die Firma gebraucht, wenn sie nicht voll, sondern nur ein Teil derselben gebraucht wird (z. B. „Laferme" statt „J. Huppmann La Ferme" R.O.H. IV, 255, „Benecke & Co." statt „C. H. Benecke & Co." R.G. XX, 72, „Doornkaat" statt „J.ten Doornkaat Koolmann Söhne" R.G. XXXVI, 14), es sei denn, daß der Teil vom Ganzen sich nicht deutlich unterscheidet (vgl. §. 30). — Die Firma ist nach §. 17 der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. Mit dieser Begriffsbestimmung soll nur ausgedrückt werden, daß thatsächlich die Firma sowohl beim Unterschreiben wie beim Handels-

betrieb benutzt zu werden pflegt; nicht etwa ist damit gesagt, daß eine Firma nur dann vorhanden ist, wenn sie in beiderlei Weise benutzt worden ist.

b. **Gebrauch** einer Firma ist jede beliebige Art des Gebrauchs, gleichgiltig, ob der Gebrauch dem Dritten durch dessen Gesichts-, oder dessen Gehörssinn oder in anderer Weise zur Wahrnehmung kommen soll (Vgl. R.G. XXXVIII, 80). Die Firma ist gebraucht, wenn mit ihr eine Unterschrift abgegeben ist, oder wenn unter der Firma Handelsgeschäfte (z. B. mündlich) abgeschlossen sind, auch wenn nur eine von beiden Thatsachen vorliegt. Ebenso liegt ein Gebrauch der Firma in der Anmeldung mit folgender Eintragung (R.G. XXII, 60) und in jeder Benutzung mit unmittelbarer Beziehung auf den Handelsbetrieb (R.G. V, 111, XXXVI, 14, Johow V, 18), also z. B. in der Anbringung oder Beibehaltung eines Schildes mit der Firma über dem Laden, in welchem der Gewerbebetrieb stattfindet (R.O.H. XIV, 187, Johow V, 18; dagegen in einem Einzelfall wegen besonderer thatsächlicher Verhältnisse Bolze Bd. 13 Nr. 122), in der den Kunden gemachten Angabe, Vertreter jener Firma zu sein (R.O.H. XXI, 223; vgl. R.G. in Strff. XXVI, 227), in der Benutzung der Firma bei Zeitungseinrückungen, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten, Briefen, Rechnungen (R.G. V, 111, XIX, 22, XXXVI, 14), Preislisten (R.G. XXIX, 61), bei Vordruck auf einem Memorandum, wenn auch auf demselben Memorandum in der Unterschrift die Firma nicht gebraucht ist (R.G. XIX, 24), bei Anwendung als Telegrammadresse (O.L.G. Dresden v. 27. März 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 479). Ein Gebrauch mit unmittelbarer Beziehung auf den Handelsbetrieb liegt auch vor, wenn die Firma auf der Verpackung der Waren, mit denen Handel getrieben wird, angebracht ist, und es ist nicht anzuerkennen (ebenso Staub), daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dieser Art des Gebrauchs und dem Gebrauch z. B. auf dem Firmenschilde besteht; indessen ist angenommen worden, daß in diesem Falle ein Gebrauch im Sinne des §. 37 (früher Art. 26 Abs. 2, Art. 27) nicht vorliege (R.O.H. IV, 258, VI, 249, R.G. III, 165, XXII, 60; vgl. R.O.H. I, 132. So auch P. 924, 925, wonach überhaupt ein „Gebrauch der Firma" nur vorliege „wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen, eine Unterschrift abgegeben werde u. dgl." Über diese Beschränkung ist aber die Rechtsprechung in den anderen obenerwähnten Fällen hinausgegangen. Einen Gebrauch sieht jetzt anscheinend auch das R.G. XXXVIII, 84 in der Verwendung auf Etiketten). Die etwaige Lücke ist jetzt ausgefüllt durch Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 §. 14, 15 (R.G. Bl. 445) und Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 §. 8 (R.G. Bl. 147). — Eine Beschränkung bezüglich des Ortes des Gebrauchs ist im Gesetz nicht enthalten, mithin fällt auch ein Gebrauch im Auslande unter den §. 37 (Staub 5. Aufl. §. 3d zu Art. 27; Bolze Bd. 9 Nr. 110). — Da ein Gebrauch in der Anmeldung mit folgender Eintragung liegt, so ergiebt sich (in der Regel) der Anspruch auf Löschung ohne weiteres aus dem Anspruche auf Untersagung des Gebrauchs (R.G. XXII, 60).

II. **Einschreiten des Registergerichts.** Das Registergericht darf auf Grund des §. 37 Abs. 1 nur einschreiten, wenn derjenige gegen welchen eingeschritten werden soll, eine ihm **nach dem Abschnitt über Handelsfirmen nicht zustehende** Firma gebraucht, also wenn diese Firma entweder gegen die Vorschriften über Bildung neuer Firmen (§. 18—20) oder über Fortführung abgeleiteter Firmen (§. 21—24) verstößt oder den Bestimmungen über deutliche Unterscheidung gleichartiger Firmen (§. 30) nicht entspricht. Das Registergericht darf nicht insbesondere dann einschreiten wenn aus anderen als den vorstehend erwähnten Gründen dem die Firma Gebrauchenden ein Recht auf dieselbe nicht zusteht. Daneben besteht aber noch das Recht, unter Umständen gemäß §. 14 eine Löschung zu erzwingen oder sie gemäß §. 31 Abs. 2 von Amts wegen zu bewirken

(vgl. auch §. 137, 138 Entwurf zum Ges. üb. Angel. d. freiw. Gerichtsb.). Die Voraussetzungen für das Einschreiten des Registergerichts gemäß §. 37 Abs. 1, und die Voraussetzungen für die Klage des Verletzten gemäß §. 37 Abs. 2 sind insoweit verschieden, als ersteres nur bei dem Gebrauch einer dem Gebrauchenden nach den Vorschriften dieses Abschnitts nicht zustehenden Firma die Unterlassung erzwingen, der Verletzte dagegen bei jedem unbefugten Gebrauch Klage anstellen kann. Das Verfahren des Registergerichts soll in dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Entwurf §. 136) geordnet werden. Die einzelne Ordnungsstrafe darf 300 Mk. nicht übersteigen (§. 14). Aus denselben Gründen, aus welchen die Unterlassung des Gebrauchs erzwungen werden kann, ist auch die Ablehnung der Eintragung zuläßig. Der Registerrichter kann sein Zwangsrecht selbst gegenüber denjenigen Firmeninhabern üben, welche er als Inhaber der streitigen Firma eingetragen hat, da die Eintragungsverfügung keine Rechtskraft schafft. Die in der Zwischenzeit unter der unzuläßigen Firma abgegebenen Erklärungen bleiben bindend für den Erklärenden (§. 17 Anm. III b).

III. **Klage des Verletzten bei unbefugtem Gebrauch der Firma.**

a. **Unbefugt** ist der Gebrauch der Firma, welche entweder das öffentliche oder ein Privatrecht verletzt. Gleichgiltig ist hierbei, ob der Verletzende in gutem Glauben war (R.G. XIX, 22, XXV, 5. Im Gegensatz zu §. 37 setzt das Wettbewerbsgesetz unredliche Absicht voraus. Denkschr. 43). Er ist nicht geschützt wenn er gutgläubig von einem Unberechtigten erworben hat (R.G. XXV, 5 gegen Str. Bd. 76 S. 239. Nicht zu billigen auch Bolze Bd. 3 Nr. 232, wonach der dritte gutgläubige Erwerber geschützt sein soll, wenn der erste Erwerber nicht schon bei Erwerb der Firma, sondern erst nachträglich, aber vor Weiterübertragung, sich zur Unterlassung des Firmengebrauchs dem ursprünglichen Firmeninhaber verpflichtet hat. Der §. 932 B.G. betrifft nur bewegliche Sachen, nicht Rechte). Eine Verletzung des öffentlichen Rechts liegt z. B. vor, wenn der Beklagte eine ihm nach dem Abschnitt über Handelsfirmen nicht zustehende (Anm. II) Firma gebraucht hat (R.G. XXII, 60 und Bolze Bd. 21 Nr. 149 nennen dies „objektiv unbefugt"), so eine Firma, welche sich von der für denselben Ort eingetragenen Firma des Klägers nicht deutlich unterscheidet, oder welche einen die berechtigten Interessen des Klägers verletzenden, nach §. 18 Abs. 2 verbotenen Zusatz enthält (Denkschr. 43). Ist also der Kläger der Verletzte (Anm. III b), so kann er unter anderen in allen denjenigen Fällen klagen, in denen auch der Registerrichter gemäß §. 37 Abs. 1 einschreiten kann — er müßte denn auf sein Recht verzichtet haben (R.G. XXIX, 71, welches wohl zu weit geht mit dem Satz: „Die Privatklage aus Art. 27 hat mit der öffentlichen Ordnung überhaupt nichts zu thun"). Eine Verletzung eines Privatrechts kann vorliegen auch, wenn kein Vermögensschade entstanden, und das Interesse des Klägers kein vermögensrechtliches ist (R.O.H. IV, 256, VI, 249). Meist handelt es sich um Verletzung des Firmenrechts des Klägers (dann braucht der klagende Firmeninhaber nicht selbst den Familiennamen zu tragen, dessen Führung er dem Beklagten untersagen will, Bolze Bd. 21 Nr. 149); mitunter darum, daß Beklagter durch seine Firmenführung ein Namenrecht des Klägers verletzt (hierbei ist der gleiche Familienname trotz Verschiedenheit der Vornamen, R.G. VII, 281, und der Zusätze, R.O.H. X, 291, enscheidend; vgl. jetzt auch §. 12 B.G.). Aber selbst abgesehen hiervon wird jedes etwa anderweit bestehende Privatrecht geschützt (R.G. III, 166 in einem Falle, in welchem gegen die Firma „Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake u. s. w." der Inhaber einer anderen solchen Fabrik auf Streichung des „Einzige" klagte). So kann z. B. vertraglich ein Untersagungsrecht begründet sein trotzdem weder ein Firmen- noch ein Namenrecht verletzt ist. Ebenso auch außerhalb eines Vertragsverhält-

nisses bei arglistiger Herbeiführung von Verwechselungen (RG. XXXVIII, 85), z. B. wenn der namengebende angebliche Gesellschafter gar nicht Gesellschafter ist (O.L.G. Hamburg v. 30. Jan. 1896, O.L.G. Köln v. 24. April 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 481), oder wenn der namengebende angebliche Inhaber in Wahrheit nur Handlungsgehilfe des angeblichen Prokuristen ist (R.G. v. 28. Febr. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 482). Andererseits kann durch Vertrag auf Geltendmachung eines etwa bestehenden Untersagungsrechts verzichtet werden, gleichgiltig auf welchem Rechtsgrunde das letztere beruht (R.G. XXIX, 71). Auch stillschweigend kann in einem Veräußerungsvertrage die Verpflichtung seitens des Veräußerers auf Unterlassung des eigenen künftigen Gebrauchs der veräußerten Firma übernommen sein; z. B. liegt die Übernahme einer solchen Verbindlichkeit in der Regel in der Veräußerung eines Zeitungsunternehmens mit der Firma (R.G. XXXVII, 178). Die Schädigung eines anderen durch berechtigten Firmengebrauch giebt kein Klagerecht auf Unterlassung der Firmenführung (R.G. XX, 75).

b. **Wer in seinen Rechten durch den Firmengebrauch des anderen verletzt ist,** hat das Klagerecht. Auch Ausländer (O.L.G. Colmar v. 9. Juni 1893 Z.f.H. Bd. 46 S. 463, O.L.G. Hamburg v. 30. Januar 1896 Z.f.H. Bd. 46 S. 481). Verletzt ist nicht nur wer selbst die von dem anderen gebrauchte Firma führt oder zu führen beabsichtigt; vielmehr kann eine Verletzung des Verbietungsrechts auch dann vorliegen, wenn der Verletzte eine Firma führt, von der die andere sich nicht mit genügender Deutlichkeit unterscheidet (§. 30; kleine Abweichungen in Nebenpunkten, z. B. in den Vornamen oder durch Zusatz von „& Co.", kommen hierbei nicht in Betracht, R.G. XXXVII, 59; nach Bolze Bd. 21 Nr. 149 kann Verletzung des Firmenberechtigten selbst dann vorliegen, wenn eine deutliche Unterscheidbarkeit im Sinne des §. 30 vorhanden ist). Und — da auch Verletzung von Namen- und anderen Rechten in Frage kommt — ist es nicht erforderlich, daß der Verletzte überhaupt eine Firma führt, er braucht nicht einmal Kaufmann zu sein (R.O.H. VI, 249, R.G. VII, 280, XXIX, 125). Der Verletzte muß aber darthun, daß er nicht nur in seinem Interesse, sondern auch in seinem Rechte verletzt ist (R.G. XIX, 22). Nicht rechtsverletzend handelt ein Verkäufer eines Geschäfts mit der Firma, welcher seiner neuen, deutlich von der verkauften unterschiedenen Firma einen Zusatz beifügt, der auf das verwandtschaftliche Verhältnis des Verkäufers zu dem Gründer der verkauften Firma hinweist (R.G. v. 28. Mai 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 474). Wer wegen unbefugter Führung eines bürgerlichen Namens oder einer Firma belangt wird, kann sich auf Abweichungen in den Namensbezeichnungen dann nicht berufen, wenn diese Abweichungen zu unbedeutend sind, um Verwechselungen auszuschließen, namentlich wenn letztere beabsichtigt waren (O.L.G. Colmar v. 9. Juni 1893 Z.f.H. Bd. 46 S. 480). Das R.G. XVIII, 140 hat zugelassen, daß eine offene Handelsgesellschaft (weil sie keine von den Gesellschaftern verschiedene Persönlichkeit bilde) unter ihrer Firma das Recht auf Unterlassung des Gebrauchs einer anderen Firma klagend geltend mache, in welcher ebenso, wie in der klagenden Firma, der Familienname der Inhaber der letzteren enthalten war.

c. **Klageantrag.** Nach §. 37 Abs. 2 geht die Klage auf „Unterlassung des Gebrauchs der Firma". Daneben bleibt (wie nach bisherigem Recht; R.G. XXII, 60, XXXVII, 59) der im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Antrag auf „Löschung der Firma im Handelsregister" zulässig. (Für die Vollstreckung vgl. jedoch §. 16 Anm. II. Zweckmäßig ist es daher, den Antrag dahin zu fassen: „den Beklagten zu verurteilen, die Löschungserklärung abzugeben", O.L.G. Köln v. 24. April 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 481). Ein Schadensersatzanspruch besteht nur bei schuldhaftem Verhalten (B.G. §§. 823 ff.). Eine zum Schadensersatz berechtigende

Vermögensbeschädigung liegt in einer Einbuße an demjenigen Erfolge des Gewerbebetriebes, der ohne widerrechtliche Störung der Rechtsordnung aus der naturgemäßen Wirkung getroffener gewerblicher Veranstaltungen regelmäßig erwartet werden kann (R.G. XXVIII, 248, XXXVIII, 171).

IV. **Ähnliche Bestimmungen anderer Gesetze.**

a. **Bürgerliches Gesetzbuch**:

§. 12. „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen."

b. **Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen** v. 12. Mai 1894 (R.G.Bl. 441):

§. 14. „Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Anderen oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Waarenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er außerdem mit Geldstrafe von 150 bis 5000 Mark oder mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig."

§. 15. „Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb betheiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waaren eines Anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von 100 bis 3000 Mark oder mit Gefängniß bis zu 3 Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig."

Der §. 14 bedroht nicht jede Ankündigung, in welcher der Name eines anderen irgendwie vorkommt, ohne Rücksicht auf den Zusammenhang, sondern nur, wenn durch mißbräuchliche Kennzeichnung mit fremdem Namen der Schein einer *für die Werthschätzung erheblichen* Beziehung zur Person des Namensträgers gegeben wird, welche in Wirklichkeit nicht besteht (R.G. in Str.S. XXIX, 332).

c. **Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs** v. 27. Mai 1896 (R.G.Bl. 145):

§. 8. „Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein Anderer befugterweise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden."

§. 13 Abs. 4, 5. „Ist in den Fällen der §§. 1, 6 und 8 auf Unterlassung Klage erhoben, so kann in dem Urtheile der obsiegenden Partei die Befugniß zugesprochen werden, den verfügenden Theil des Urtheils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekannt zu machen.

Die Art der Bekanntmachung ist im Urtheil zu bestimmen."

Vierter Abschnitt.

Handelsbücher.

§. 38.

Buchführung und Aufbewahrung der Handelsbriefe.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen.

Er ist verpflichtet, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften sowie die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren.

A.D.H. Art. 28. **Entw. I** §. 34. **Entw. II** §. 37.

§. 38.

I. **Buchführung.**

a. **Kaufmann.** Vgl. §. 1 Anm. II. Nicht Minderkaufleute (§. 4). Dem Kaufmann stehen gleich die Handelsgesellschaften und die anderen Gesellschaften mit Kaufmannseigenschaft (§. 6 Anm. III). Soweit eine gesetzliche Vertretung des vertretungsbedürftigen Kaufmanns stattfindet (§. 1 Anm. II E), ruht die in §. 38 ausgesprochene Verpflichtung auf dem Vertreter. Daher ruht z. B. bei Aktiengesellschaften die Pflicht auf allen Mitgliedern des Vorstandes (Plenarentscheidung R.G. in Strff. XIII, 237; vgl. §. 239 H.G.B.); ebenso bei Genossenschaften (Genossenschaftsges. §. 31 Abs. 1); bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf den Geschäftsführern (Ges. v. 20. April 1892 §. 42 Abs. 1). Bei der offenen Handelsgesellschaft ist jeder der Gesellschafter für die Buchführung verantwortlich, auch wenn vertraglich sie einem unter ihnen übertragen ist. Dagegen brauchen die einzelnen Gesellschafter — außer wenn sie, abgesehen von dem Betreiben des Gewerbes durch die Gesellschaft, auch persönlich ein Handelsgewerbe betreiben — nicht besondere Bücher über ihr Vermögen zu führen, denn sie sind insoweit nicht Kaufleute (§. 1 Anm. II F). Ein Antrag, der dahin ging, jeden persönlich haftenden Gesellschafter zu verpflichten, für sich alljährlich einen gesonderten Abschluß über sein Gesamtvermögen zu machen (P. 933), blieb unerledigt. Wer aufhört, Kaufmann zu sein, ist von diesem Zeitpunkt an nicht mehr zur Buchführung verpflichtet, selbst wenn die Firma nicht gelöscht wird. Ebenso bleibt der ausscheidende offene Gesellschafter nicht für die künftige Buchführung der Gesellschaft verantwortlich, auch wenn das Ausscheiden nicht im Handelsregister vermerkt wird (R.G. in Strff. XIII, 310). — Da die im H.G.B. für Kaufleute gegebenen Vorschriften die stillschweigende Beschränkung in sich tragen, daß sie nur gelten, insoweit jene Kaufmannseigenschaft besteht (§. 1 Anm. II F), so ist anzunehmen, daß auch die Vorschriften der §§. 38, 39 einschränkend dahin auszulegen sind, daß sie nur insoweit gelten, als der Verpflichtete in seiner Eigenschaft als Kaufmann handelt (§§. 343, 344); in der Buchführung kommt auch beim Einzelkaufmann die Unterscheidung zwischen seinem Privatvermögen und seinem Handlungsvermögen zum Ausdruck (R.O.H. VIII, 41). Die gegenteilige Ansicht würde dahin führen, daß z. B. der Landwirt, der mit Bezug auf ein Nebengewerbe in das Handelsregister eingetragen ist, die Lage

auch seines im landwirtschaftlichen Betriebe angelegten Vermögens in den Handelsbüchern ersichtlich machen und die Eröffnungsbilanz sowie die jährliche Bilanz und Inventur auch bezüglich seiner Landwirtschaft aufnehmen müßte (diese Folgerung zieht in der That der Staatssekretär des Reichsjustizamts in K.B. 7); der Einzelkaufmann hätte jährlich unter anderem auch die in seiner Privatwohnung befindlichen Möbel, Kleidungsstücke, Schmucksachen und ähnliches in der Inventur und Bilanz aufzuführen (vgl. H. Makower & Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 12, 30, 73). Herrschende Ansicht (R.G., Staub, Behrend) ist jedoch, daß die Handelsbücher des Kaufmanns seine Vermögenslage auch bezüglich derjenigen Bestandteile ersichtlich machen müssen, welche in einem nichtkaufmännischen oder minderkaufmännischen Geschäft stecken (R.G. in Strfs. V, 408, XXV, 3) oder zu seinem Privatvermögen gehören (R.G. in Strfs. V, 409: der Privatverbrauch muß aus den Büchern ersichtlich sein; R.G. in Strfs. XVII, 302: die auf einem Privathause lastenden Schulden). Indessen sind doch selbst nach Ansicht des R.G. (in Strfs. XXV, 171; vgl. §. 4 Anm. II) über das nichtkaufmännische oder minderkaufmännische Nebengeschäft keine Bücher zu führen, vielmehr nur die Schlußergebnisse jenes Nebengeschäfts, bei Inventuraufnahme die darin vorhandenen Vermögenswerte, bei Bilanzziehung der darin erzielte Gewinn oder Verlust, in den Büchern des Handelsgewerbes erkennbar zu machen. Die herrschende Ansicht wurde bisher dadurch unterstützt, daß Art. 28 A.D.H. die „vollständige" Ersichtlichmachung der Lage des Vermögens vorschrieb (während jetzt §. 38 H.G.B. nur eine Ersichtlichmachung „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung" verlangt), ferner dadurch, daß die Sonderbestimmung des Art. 29 Abs. 3 A.D.H., wonach bei Handelsgesellschaften die Bestimmungen über Inventur und Bilanz in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung kommen sollten, den Rückschluß nahe legte, daß für den Einzelkaufmann eine entsprechende Beschränkung nicht vorhanden sein solle. Die von der herrschenden Ansicht verlangte Handlungsweise widerspricht den Anschauungen der beteiligten Kreise. — Ist das Hauptgeschäft ein nichtkaufmännisches und das gleichzeitig betriebene Nebengeschäft ein vollkaufmännisches, so sind über letzteres Bücher zu führen (R.G. in Strfs. IV, 283). — Betreibt ein Kaufmann dasselbe Geschäft in mehreren Niederlassungen, so muß eine gemeinsame Buchführung stattfinden, selbst wenn der Betrieb in einer Niederlassung ein so geringer ist, daß er an sich die Pflicht zur Buchführung nicht begründen würde (R.G. in Strfs. V, 408. Vgl. §. 13 Anm. I b).

b. **Bücher.** Die Zahl und Gattung der zu führenden Bücher ist wegen der Mannigfaltigkeit der kaufmännischen Geschäfte mit Absicht nicht vorgeschrieben (M. 20, P. 44, Denkschr. 43). Immerhin sind aber die Bücher entweder gemäß einem der allgemein anerkannten Systeme kaufmännischer Buchführung oder doch so anzulegen, daß die Buchführung durch ihre Form oder durch die bei ihrer Handhabung festgehaltenen besonderen Regeln und Grundsätze die Erreichung des durch eins der anerkannten Systeme erzielten Ergebnisses verbürgt; andere, wenn auch vollständige, Aufzeichnungen genügen nicht (R.G. in Strfs. XXV, 37). Die doppelte Buchführung ist nicht erforderlich. Durch die Vorschrift jedoch, daß bei A.G. u. A.K.G. die Gewinn- u. Verlustrechnung (§§. 260, 320 Abs. 3) zu fertigen ist, wird für diese Gesellschaften die doppelte Buchführung notwendig. Ein Antrag, die Führung von Geheimbüchern zu untersagen, ist abgelehnt worden (P. 56). — Für einzelne Arten von Gewerbebetrieben sind besondere Bücher vorgeschrieben; so für Annahme von Wertpapieren zur Verwahrung (Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder

Wertpapiere v. 5. Juli 1896, §. 1, R.G.Bl. 183), für das Pfandleihgewerbe in Preußen (Preuß. Ges. v. 17. März 1881, §. 5, G. S. 265; Einf.-Ges. z. B.G. Art. 94), für den gewerbsmäßigen Handel mit ländlichen Grundstücken in Baden (Badische Vdg. v. 15. Mai 1895, abgedr. Z.f.H. Bd. 45 S. 305). Über das Tagebuch der Handelsmakler vgl. §. 100 Anm. I. — Die Handelsbücher sind Urkunden im Sinne des Strafgesetzbuchs, es müßte denn im einzelnen Fall Zweck der Buchführung ausnahmsweise gewesen sein, nur sich selbst über den Stand des Geschäfts eine Übersicht zu verschaffen, nicht gleichzeitig auch nötigenfalls den Schuldnern und Gläubigern gegenüber auf die Bücher als Beweismittel sich berufen zu können (R.G. in Strff. IV, 7).

c. **Inhalt der Buchführung.** Zweierlei soll durch die Bücher ersichtlich gemacht werden: die Handelsgeschäfte (§§. 343, 344) und die Lage des Vermögens. In welchem Umfange die letztere, ob nur bezüglich des Handlungs- oder auch des sonstigen Vermögens s. Anm. I a. Das einzelne Handelsgeschäft geht nach den Grundsätzen der üblichen Buchführung nicht unmittelbar aus den Büchern hervor, sondern nur die infolge des Handelsgeschäfts eingetretene Vermögensänderung. Darauf, daß der §. 38 nichts anderes verlangt, wird durch den Zusatz hingewiesen, daß auch die Handelsgeschäfte nur „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung" ersichtlich gemacht werden sollen (Denkschr. 44). Wie im einzelnen die Bücher zu führen sind, ist nach den Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute zu beurteilen (Denkschr. 44). Der Pr. Entw. lautete: „aus welchen zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind". Dies wurde abgelehnt, weil es keine Art der Buchführung gebe, welche dazu führe, daß man aus den Büchern (ohne Zurhandnahme anderer Behelfe, wie Inventur und Schätzung des Warenlagers) zu jeder Zeit den Stand des Vermögens eines Kaufmanns ersehen könne (P. 44).

II. **Handelsbriefe.** Von den abgesandten Handelsbriefen ist eine Inhaltswiedergabe (gleichgiltig, ob durch Nachschreiben oder in anderer Weise hergestellt) zurückzubehalten. Der Pr. Entw. hatte eine „wörtliche" Abschrift verlangt; „wörtlich" ist gestrichen worden, um anzudeuten, daß auch eine Abschrift der Briefe nach ihrem wesentlichen Inhalte genüge (P. 45). Sowohl die Abschriften der abgesandten Handelsbriefe, wie die empfangenen Handelsbriefe sind geordnet aufzubewahren. Nach welchem Grundsatz die Ordnung erfolgt, ob nach der Zeitfolge, nach den Angelegenheiten, auf welche die Briefe sich beziehen, oder nach der Person, mit welcher der Briefwechsel stattgefunden hat, bleibt jedem Kaufmann überlassen. Die im A.D.H. bisher enthaltene Vorschrift, daß die abgesandten Handelsbriefe „nach der Zeitfolge in ein Kopierbuch einzutragen" sind, ist nicht wieder aufgenommen, die Sammlung der Briefe in einem Kopierbuch mithin nicht mehr notwendig.

III. **Verpflichtung.** Eine Erzwingung der Verpflichtung ist im H.G.B. nicht vorgesehen. Im Falle der Zahlungseinstellung oder des Konkurses kommen jedoch, wenn die Handelsbücher nicht oder unordentlich geführt sind, die Strafvorschriften der Konkursordnung über einfachen oder betrüglichen Bankerutt zur Anwendung. Strafbar ist hiernach nicht schon die Unterlassung der Führung oder unordentliche Führung eines einzelnen Handelsbuchs, wenn die übrigen dennoch eine genügende Übersicht des Vermögenszustandes gewähren (R.G. in Strff. XI, 143, 161). — Für das Tagebuch der Handelsmakler gilt die besondere Strafvorschrift des §. 103 H.G.B. — Der Kaufmann bleibt persönlich verantwortlich für die Buchführung, auch wenn er selbst nicht die erforderlichen Kenntnisse besitzt und die Buchführung einem tauglich erscheinenden Buchhalter überlassen hat (R.G. in Strff. IV, 421).

§. 39.

Inventar und Bilanz. Zeit der Aufstellung.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau zu verzeichnen, dabei den Werth der einzelnen Vermögensgegenstände anzugeben und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen.

Er hat demnächst für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen; die Dauer des Geschäftsjahrs darf zwölf Monate nicht überschreiten. Die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken.

Hat der Kaufmann ein Waarenlager, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird hierdurch nicht berührt.

A.D.H. Art. 29 Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 35. **Entw. II** §. 38.

§. 39.

I. **Inventar und Bilanz.** Die **Begriffsbestimmung** von Inventar und Bilanz ist in §. 39 Abs. 1 gegeben. Über die Frage, ob Inventar und Bilanz nur das Handlungsvermögen oder auch das Privatvermögen zu umfassen haben, vgl. §. 38 Anm. I a. Beide müssen bei Beginn des Handelsgewerbes und demnächst jährlich, das Inventar darf jedoch in Ausnahmefällen (Abs. 3) nur alle zwei Jahre aufgenommen werden.

II. **Eröffnungsbilanz.**

a. **„Bei" Beginn** soll nur den ungefähren Zeitpunkt andeuten und ist gleichbedeutend mit gelegentlich des Beginnes. (Vgl. §. 73: „Bei der **Beendigung**".) Eine zwischen den ersten Warenanschaffungen und dem einige Wochen später erfolgten ersten Verkauf gezogene Bilanz ist rechtzeitig aufgenommen, **wenn auch** an sich der Gewerbebetrieb bereits mit der Anschaffung beginnt (**R.G.** in Strfs. XXVII, 228). Das Gegenteil ist angenommen bei Ziehung der **Bilanz** 3 Monate nach Geschäftsübernahme (R.G. in Strfs. XXVIII, 430).

b. Der „Beginn eines **Handelsgewerbes**" (§. 39) kann vorliegen, selbst wenn das „Geschäft" (vgl. z. B. §. 22 Anm. Ib) nicht begonnen, sondern fortgeführt wird. So bildet die Fortführung eines von einer Handelsgesellschaft betriebenen Geschäfts durch einen der bisherigen Gesellschafter, selbst bei Beibehaltung der bisherigen Firma, den Beginn eines neuen Handelsgewerbes und verpflichtet daher zur Anfertigung einer Eröffnungsbilanz (R.G. in Strfs. XVI, 55, XXVI, 223); ebenso bei Erwerb durch Erbgang (R.G. in Strfs. XXVIII, 428); dasselbe gilt der Regel nach, wenn der frühere Gemeinschuldner nach beendigtem **Konkurse** das frühere Geschäft fortführt (R.G. in Strfs. XXV, 77).

III. Die Aufstellung der **späteren Inventare und Bilanzen** soll für den Schluß des Geschäftsjahres erfolgen, d. h. der Schluß des Geschäftsjahres soll für den Inhalt der Aufstellungen zu Grunde gelegt werden. Entsprechend auch bei der **Eröffnungsbilanz** (R.G. in Strfs. XXVI, 225). Die Anfertigung von Inventar und Bilanz darf und wird in der Regel erst später erfolgen, muß jedoch „innerhalb der einem ordnungs-

mäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit" vollendet sein. Für die A.G. (§. 260 Abs. 2), A.K.G. (§. 325 Ziff. 3), Eingetragene Genossenschaft (Genossenschaftsges. §. 31 Abs. 2) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892 §. 42 Abs. 2, 3) sind bestimmte Fristen für die Vollendung der Bilanzaufstellung festgesetzt. Erfolgt die Aufnahme der Inventur nur in jedem zweiten Jahr, so muß die in dem Zwischenjahr zu ziehende Bilanz auf der vorjährigen Inventur fußen und die aus den Handelsbüchern ersichtlichen Änderungen des Bestandes berücksichtigen (P. 46). Vertraglich kann selbstverständlich auch eine häufigere als die gesetzliche Inventuraufnahme oder Bilanzziehung bedungen werden (R.O.H. XX, 245). Das Geschäftsjahr braucht nicht mit dem Kalenderjahr zusammenzufallen (Denkschr. 44).

§. 40.

Inventar und Bilanz. Währung, Bewertung.

Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen.

Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werthe anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

A.D.H. Art. 31. **Entw. I** §. 37. **Entw. II** §. 39.

§. 40.

I. **Reichswährung.** Die Bestimmung, daß die Bilanz in Reichswährung aufzunehmen sei, ist neu aufgenommen. Sie wird nur Anwendung zu finden haben bezüglich derjenigen Gewerbebetriebe, deren Hauptniederlassung im Gebiet der Reichswährung liegt. Forderungen und Schulden in anderer Währung sind auf Reichswährung zurückzuführen (R.O.H. XII, 17).

II. **Bewertung.** Für Vermögensgegenstände (körperliche Sachen, Rechte und Forderungen) und Schulden (mit Einschluß sonstiger Verbindlichkeiten, soweit dieselben nach den Regeln der kaufmännischen Buchführung überhaupt gebucht werden) soll der Wert angesetzt werden, den sie in dem Zeitpunkte hatten, für welchen die Aufstellung stattfindet, in der Regel also am Ende des Geschäftsjahres. Über die genaueren Grundsätze der Bewertung s. Simon, die Bilanzen der A.G. und A.K.G., 2. Auflage, Berlin 1898. Die besonderen, im §. 261 für A.G. und A.K.G. gegebenen Bewertungsregeln sind mit Absicht nicht verallgemeinert worden (Denkschr. 45). Die Vorschrift des §. 40 bedingt nicht, daß die zu einem kaufmännischen Geschäfte gehörenden Betriebsanlagen zum Zweck der Bilanzaufstellung einer Abschätzung nach ihrem jeweiligen Verkaufswert unterzogen werden; es entscheidet vielmehr das vernünftige Ermessen, und es sollte durch jene Vorschrift nicht der Handelssitte entgegengewirkt werden, wonach häufig die jährlichen Abschreibungen auf Betriebsgegenstände höher bemessen werden, als es mit Rücksicht auf die stattgehabte Abnutzung an sich erforderlich wäre (Denkschr. 46). Der Bilanz liegt der Gedanke einer vorausgesetzten allgemeinen Realisierung aller Aktiva und Passiva zu Grunde, wobei jedoch davon auszugehen ist, daß nicht die Auflösung des Geschäfts und Verwertung der einzelnen Teile, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäfts als eines Ganzen beabsichtigt ist (R.O.H. XII, 19, R.G. XIX, 120, Bolze Bd. 20 Nr. 574). Mithin darf die in den besonderen, vom Regelmäßigen abweichenden Verhältnissen des einzelnen Besitzers beruhende, einer gleichen Bethätigung in anderen Händen nicht fähige Nutzbarkeit nicht in Betracht gezogen werden, wohl aber diejenigen Verhältnisse, welche übertragbar und der gleichen Fortbethätigung bei Dritten fähig sind (R.G. XIX, 122). Der

Wert von Betriebsanlagen wird daher am besten unter Zugrundelegung des in den voraufgehenden Jahren erzielten Durchschnittsertrages bei Nichtberücksichtigung vorübergehender Einflüsse zu schätzen sein. Bei Waren ist in der Regel der Markt- oder Börsenpreis, nicht ein auf willkürliches Ermessen oder bloße Spekulation zurückzuführender Wertanschlag einzusetzen (R.O.H. XII, 18). Bei Forderungen und Schulden, welche zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, noch nicht fällig sind, müssen die Zwischenzinsen und bei Forderungen eine etwa vorauszusehende Wertsänderung, z. B. wegen Minderung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, berücksichtigt werden (R.O.H. XII, 17); letzteres auch dann, wenn nicht bereits bezüglich einer bestimmten einzelnen Forderung, sondern bezüglich einer ganzen Gattung von Forderungen auf Grund allgemeiner Erwägungen ein Ausfall zu vermuten ist (R.G. XXII, 164). Eine Unterlassung der Abschreibungen gemäß §. 40 Abs. 3 kann im Falle des Konkurses als unordentliche Buchführung strafbar sein, da die Aufstellung von Bilanz und Inventar zur Führung der Handelsbücher gehören (R.G. in Strfs. XIII, 354; vgl. jedoch getrennte Aufführung in §. 44). Bei Schulden darf die Minderung der eigenen Zahlungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden (R.O.H. XII, 18 ist so beschränkt gemeint); dagegen kann auch bei ihnen der einzusetzende (voraussichtlich zu zahlende) Betrag geringer sein als der Nennbetrag, z. B. in den Fällen einer Gesamtschuld, einer bedingten Schuld und des durch die Zahlung bedingten Entstehens einer Rückgriffsforderung (Staub). Die Berücksichtigung der durch abgeschlossene, jedoch beiderseits noch nicht ausgeführte Lieferungsgeschäfte auf Zeit entstandenen vermögensrechtlichen Verhältnisse bei Aufstellung der Bilanz ist nicht ausgeschlossen; ob sie aber als Aktiva oder Passiva, und zu welchem Werte zu buchen sind, ist Thatfrage (R.O.H. XXIV, 72). In den regelmäßigen Fällen, in welchen es sich nicht um Veräußerung des Geschäfts oder Auseinandersetzung, sondern um Weiterbetrieb durch denselben Inhaber handelt, erfolgt jedoch eine derartige Buchung nicht, weil weder aus dem Inventar noch (Ob.Trib.Entsch. Bd. 5 S. 396, Bd. 12 S. 160, eingeschränkt in Str. Bd. 58 S. 9) aus den Handelsbüchern (außer etwa geführten Engagementsbüchern oder Verkaufsbrouillons R.O.H. IX, 119) jene Verbindlichkeiten zu ersehen sind; die Berücksichtigung wäre umständlich und wegen der Schwierigkeit einer Schätzung wenig zuverlässig; in den gewöhnlichen Fällen würde sich auch Forderung gegen Schuld und Arbeit ausgleichen, so daß das Endergebnis der Bilanz hierdurch nicht geändert würde.

§. 41.

Inventar und Bilanz. Unterzeichnung, Aufbewahrung.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind sie zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

A.D.H. Art. 30. **Entw. I** §. 36. **Entw. II** §. 40.

§. 41.

Dadurch, daß §. 41 die Anlegung von Inventar- und Bilanzbüchern nicht für unerläßlich erklärt, ist die Versendung von Inventar und Bilanz an die auswärtigen Teilhaber des Geschäfts zur Unterschrift erleichtert (P. 46); auch die Unterzeichnung mehrerer gleichlautender Aufstellungen durch je einen Geschäftsinhaber genügt. Durch Unterzeichnung bekundet der Unter-

zeichnende sein Einverständnis mit dem Inhalt. Ist zwischen mehreren Unterzeichnungspflichtigen der aufzunehmende Inhalt streitig, so muß mangels einer Einigung jeder einzelne eine nach seiner Ansicht zutreffende Inventar- und Bilanzaufstellung unterschreiben, oder bei Aufstellung ist die Ansicht des einen zu Grunde zu legen, und die anderen haben bei ihrer Unterschrift zu vermerken, welche einzelnen Ansätze und in welcher Weise dieselben nach ihrer Ansicht zu ändern wären. Das Unterlassen der Unterzeichnung einer rechtzeitig gezogenen Bilanz ist nicht strafbar im Fall des Konkurses (R.G. in Strff. II, 32, VII, 88, Verein. Straffenate VIII, 425).

§. 42.

Inventar und Bilanz. Unternehmen deutscher staatlicher Körperschaften.

Unberührt bleibt bei einem Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes die Befugniß der Verwaltung, die Rechnungsabschlüsse in einer von den Vorschriften der §§. 39 bis 41 abweichenden Weise vorzunehmen.

A.D.H. — Entw. I — Entw. II §. 41.

§. 42.

Unter „Rechnungsabschlüssen" sind sowohl Inventar wie Bilanz verstanden. (Vgl. Denkschr. 46.)

§. 43.

Aeußerlichkeiten der Buchführung und der Aufzeichnungen.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen.

Die Bücher sollen gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

A.D.H. Art. 32. Entw. I §. 38. Entw. II §. 42.

§. 43.

I. **Sprache.** Lebende Sprachen, auch wenn sie in keinem deutschen Landesteil Volkssprache sind, und die Schriftzeichen derselben bleiben zulässig, z. B. die türkische; die Niederlassung ausländischer Kaufleute in Deutschland sollte nicht durch eine weitere Einschränkung erschwert werden (P. 48).

II. **Schriftzeichen.** Durch das Gebot, sich der Schriftzeichen einer lebenden Sprache zu bedienen, sollte namentlich die hebräische Kursivschrift für deutsche Worte von der Benutzung bei Führung der Handelsbücher ausgeschlossen werden (M. 22, P. 48. Entsprechende ältere, jetzt aufgehobene preußische Bestimmungen in §. 590 II, 8 L.R., Ges. v. 23. Juli 1847, G. S. 263, §. 6). Vgl. Centralorgan 1863, S. 42. Staub er-

achtet Kurzschrift nicht für genügend, da §. 43 unter Schriftzeichen nur die allgemein gebräuchlichen verstehe.

III. **Gebundene Bücher.** Dies soll gewährleisten, daß die Schriftstücke nicht nachträglich der Wahrheit zuwider angefertigt sind. Die sogenannten fliegenden Konti der Buchhändler, Sammlungen loser Zettel, aus denen die Rechtsverhältnisse des Buchhändlers zu den verschiedenen Lieferanten ersichtlich ist, sind keine genügenden Handelsbücher (R.G. in Strss. XVII, 301).

IV. **Tinte.** In der Regel ist Tinte oder ein anderer, spätere willkürliche Veränderungen erschwerender Stoff bei der Buchführung anzuwenden, damit dieselbe als ordnungsmäßige gelten kann; indessen sind Notierungen mit Blei zulässig bei gewissen einzelnen Büchern oder Niederschriften, die nur einen vorläufigen Zweck haben oder auf der Stelle an Orten gemacht werden müssen, wo es an geeigneter Schreibgelegenheit fehlt, z. B. in Lagerräumen, an Bord von Schiffen, im Freien (R.O.H. XVIII, 232). Bezüglich des z. B. an der Börse geführten Handbuchs der Makler vgl. §. 100 Anm. I.

V. **Leere Zwischenräume.** Die Worte: „An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind," sind mit Rücksicht darauf gewählt worden, daß es bei Anwendung der Briefkopierpresse unvermeidlich ist, jede zweite Seite in einem etwa geführten Briefkopierbuch freizulassen (M. 22). Auch ist es in manchen Fällen üblich, je zwischen zwei verschiedenen Konten einige Seiten freizulassen, um sie auf diese Weise getrennt zu halten (R.O.H. XVIII, 233).

VI. **Rasuren** sind unbedingt untersagt (M. 22. Dagegen Staub).

Dauer der Aufbewahrungspflicht. §. 44.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher bis zum Ablaufe von zehn Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe und der Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

A.D.H. Art. 33. **Entw.** I §. 39. **Entw.** II §. 43.

§. 44.

I. **Aufbewahrungspflicht.** Entsprechende Sonderbestimmungen sind gegeben für die offene Handelsgesellschaft (§. 157 Abs. 2), K.G. (§. 161 Abs. 2), A.G. (§. 302 Abs. 2), A.K.G. (§. 320 Abs. 3), Eingetragene Genossenschaft (Ges. v. 1. Mai 1889 §. 90), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892 §. 75). Vgl. Delius, Die Aufbewahrung, Einsichtnahme und Benutzung der Handelsbücher nach Auflösung der Gesellschaft in Z.f.H. Bd. 46, S. 48. Die Aufbewahrung an einem sicheren Orte auch außerhalb des Geschäfts (z. B. bei Einreichung zu Vormundschaftsakten) genügt (R.G. in Strss. II, 32). Die Pflicht zur Aufbewahrung dauert auch nach Auflösung des Handelsgeschäfts fort (P. 49). Bezüglich des Tagebuchs des Handelsmaklers s. §. 100 Abs. 2. Vgl. auch Reichsstempelges. v. 27. April 1894 (R.G.Bl. 381) §. 14: „Die Schlußnoten sind nach der Zeitfolge numeriert von den im §. 39 bezeichneten Anstalten, sowie denjenigen Anstalten und Personen, welche gewerbsmäßig abgabepflichtige Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte betreiben oder vermitteln, fünf Jahre lang, von anderen Personen ein Jahr lang aufzubewahren." §. 39 erwähnt „öffentliche Anstalten, A.Gen., A.K.Gen., eingetragene Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sofern sie abgabepflichtige Geschäfte der unter Nr. 4 des Tarifs bezeichneten Arten gewerbsmäßig betreiben oder vermitteln" und „die zur Erleichterung der Liquidation von Zeitgeschäften bestimmten Anstalten."

II. **Gegenstand der Aufbewahrung** sind die Handelsbücher, die Abschriften der abgesendeten und die empfangenen Handelsbriefe, Inventare und Bilanzen, nicht auch die Belege (P. 936). — Auch §. 44 findet nur auf Vollkaufleute Anwendung (§. 4 Abs. 1).

III. **Folgen vorzeitiger Vernichtung.** Die Vernichtung vor Ablauf der zehnjährigen Frist ist im Falle der Zahlungseinstellung oder des Konkurses strafbar nach den Bestimmungen der Konkursordnung. Eine Vernichtung nach dieser Zeit hat nur die Wirkung, daß hierdurch ein Beweismittel entzogen wird (M. 23).

§. 45. **Vorlegung im Rechtsstreit.**

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.

A.D.H. Art. 37. **Entw. I** §. 40. **Entw. II** §. 44.

§. 45.

I. **Handelsbücher.** Vgl. §. 38 Anm. Ib. Hierunter fallen nicht nur die Bücher, welche nach gesetzlicher Vorschrift geführt werden müssen, sondern auch diejenigen, welche freiwillig geführt worden sind und in Beziehung zu dem Handelsgewerbe stehen (R.O.H. II, 130), namentlich also ein etwa geführtes Briefkopierbuch (vgl. P. 49, 938, Str. Bd. 35 S. 157, bezüglich der nach dem A.D.H. notwendigen, nicht freiwilligen Kopierbücher), ein Betriebsbuch (R.O.H. II, 130), ein Bestellungs- oder Kommissionsbuch (R.O.H. XV, 172), ein Speicherbuch (R.O.H. XVIII, 231), sowohl Neben- wie Hauptbücher (R.O.H. XVIII, 234). Nicht zu den Handelsbüchern gehören jedoch die nicht in einem Kopierbuch vereinigten abgesandten Handelsbriefe, ebensowenig die empfangenen Handelsbriefe. — Die §§. 45—47, da sie ein vor einem deutschen Richter schwebendes Verfahren voraussetzen, finden auf Anordnungen dieses Richters auch bezüglich der Handelsbücher eines ausländischen und im Auslande das Handelsgewerbe betreibenden Kaufmanns Anwendung. (Vgl. Ob.-Trib. Entsch. Bd. 11 S. 377.) — Auch die §§. 45—47 beziehen sich nicht auf Bücher von Minderkaufleuten (§. 4 Abs. 1); bezüglich derselben bewendet es bei den allgemeinen Bestimmungen der C.P.O. über Urkunden.

II. **Beweiskraft.**

a. **Älteres Recht.** Über die Geschichte der Beweiskraft der Handelsbücher Endemann in Z.f.H. Bd. 2 S. 329; insbesondere über das Briefkopierbuch Anschütz in Z.f.H. Bd. 1 S. 209. Das A.D.H. regelte die Beweiskraft der Handelsbücher in Art. 34—37. Vgl. auch ergänzend Pr. Einf.-Ges. z. A.D.H. v. 24. Juni 1861 §. 8, 22. Die Art. 34—36 und 37 Satz 2 A.D.H. wurden aufgehoben durch Einf.-Ges. z. C.P.O. v. 30. Januar 1877. An ihre Stelle trat der allgemeine Grundsatz der §§. 259, 384 C.P.O. über die freie Würdigung des Beweises.

b. **Jetziges Recht.** Die Handelsbücher sind bezüglich ihrer Beweiskraft in keiner Weise von anderen Urkunden unterschieden; auch die allgemeinen Vorschriften der C.P.O. über den Antritt des Urkundenbeweises und über die Anordnung und Verpflichtung der Vorlegung von Urkunden finden Anwendung, ergänzt durch die §§. 45—47 H.G.B. — Handelsbüchern ist nach wie vor in der Regel ein hoher Grad von Beweiskraft beizulegen; welches Maß von Beweiskraft sie haben, ist im Einzelfall zu prüfen (R.G. VI, 347). Sie sind nicht nur für das Verhältnis zwischen den Parteien, sondern auch für das Verhältnis einer Partei zu Dritten beweiskräftig. Der Grundsatz des §. 884, daß als genügende Belege solche anzusehen sind, die im Handelsverkehr, namentlich wegen der Schwierigkeit

der Beschaffung anderer Beweise, nicht beanstandet zu werden pflegen, ist von allgemeiner Anwendbarkeit für den Handelsverkehr (R.O.H. IV, 409). Die Nichteintragung eines Geschäfts in ordnungsmäßig geführte Handelsbücher berechtigt in der Regel zu dem Schluß, daß das Geschäft nicht vorgenommen worden ist (R.O.H. VII, 98, XVIII, 98). Obgleich ein Kaufmann den Inhalt seiner Bücher in der Regel auch gegen sich gelten lassen muß, so schließt dies doch nicht aus, daß er durch andere Beweismittel einen bei der Eintragung untergelaufenen Irrtum nachweise (R.O.H. XIII, 343, XX, 340).

III. **Vorlegungspflicht.** Vgl. Goldschmidt, Über Editionspflicht, insbesondere betreffend gemeinschaftliche Urkunden und Handelsbücher in Z.f.H. Bd. 29 S. 341.

a. **Allgemein, ohne Beschränkung auf den Fall eines Rechtsstreits** bestimmt B.G. §. 810: „Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.“ Ob eine der vorstehend erwähnten Voraussetzungen vorliegt, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden. In den gewöhnlichen Fällen, in denen die Handelsbücher über die Auffassung einer der Parteien bezüglich eines unter ihnen abgeschlossenen Geschäfts Auskunft geben sollen, ist dies zu bejahen, da sie eine, wenn auch einseitig aufgenommene Beurkundung des betreffenden Rechtsverhältnisses enthalten. Dahingestellt (bezüglich des entsprechenden bisherigen §. 387 C.P.O.) in R.G. XV, 380. Vgl. auch P. 944. Der Kommittent kann die Vorlegung der Bücher des Kommissionärs zum Beweise der von letzterem abgeschlossenen Geschäfte über Kommissionswaren nicht fordern (R.G. XVIII, 24; dagegen Staub), denn zwar sind sie von Erheblichkeit für das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten, da ersterer dem letzteren Rechnung zu legen hat, sie beurkunden aber nicht dieses Rechtsverhältnis, sondern das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommissionär und einem Dritten. Über das Recht der Agenten auf Einsicht der Bücher des Machtgebers vgl. §. 91 Anm. III. Die allgemeine Bestimmung des §. 810 B.G. ist durch §. 45 H.G.B. nicht berührt (R.O.H. VII, 72, Denkschr. 47). Bei Ausübung des Einsichtsrechts darf sich die Partei der Hilfe eines Sachverständigen bedienen, dagegen braucht in der Regel ein Vertreter nicht zugelassen zu werden (R.O.H. VII, 75), wohl aber in Fällen, in denen der Einsichtsberechtigte an persönlicher Einsichtnahme verhindert ist und soweit gegen die Persönlichkeit des Vertreters kein Bedenken vorliegt (Vgl. §. 226, 242 B.G.). Über den Ort, an welchem die Vorlegung zu erfolgen hat, bestimmt §. 811 B.G.

b. **Für den Fall des Rechtsstreits** erklärt §. 45 Abs. 2 zur Vermeidung von Zweifeln (Denkschr. 47; auf dem hier verworfenen Standpunkt stand R.G. XV, 380) ausdrücklich die Vorschriften der C.P.O. über die Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden für anwendbar. Gelegentlich der bevorstehenden Änderung der C.P.O. soll der jetzige §. 387 C.P.O. durch eine Verweisung auf §. 810 B.G. ersetzt werden (Zusammenstellung der beabsichtigten Änderungen in Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlage II. Entwurf eines Ges. betr. Änderungen der C.P.O. Art. I Ziff. 86, Drucksachen d. Reichstags 9. Legislatur-Periode V. Session 1897/98 Nr. 61). Eine Änderung der §§. 133, 388 C.P.O. ist im Entwurf nicht in Aussicht genommen; diese Vorschriften werden daher voraus-

sichtlich bestehen bleiben. Neben diesen Vorschriften der C.P.O., welche für alle Urkunden gemeinsam gelten, kommt dann für Handelsbücher noch der §. 45 Abs. 1 H.G.B. zur Anwendung (Bolze Bd. 16 Nr. 687), welcher dem Gericht das Recht giebt, nach eigenem Ermessen selbst ohne Antrag des Gegners und ohne daß die Voraussetzungen des B.G. oder der C.P.O. vorliegen, die Vorlegung zu verlangen („kann" R.O.H. II, 129), oder trotz Antrages — soweit nicht das B.G. oder die C.P.O. anderes bestimmt — das Anordnen der Vorlegung abzulehnen (P. 945, vgl. R.G. XV, 381). — Der Art. 39 A.D.H. bestimmte, daß Handelsbücher, welche sich nicht im Bezirk des Prozeßgerichts befinden, bei dem Gericht des Ortes, wo sie sich befinden, vorzulegen sind (vgl. P. 57, 948, R.O.H. XV, 436). Art. 39 wurde aufgehoben durch §. 13 Einf.=Ges. z. C.P.O. Jetzt kommt die allgemeine Bestimmung des §. 399 C.P.O. zur Anwendung, wonach als Regel die Vorlegung vor dem Prozeßgericht zu erfolgen hat, jedoch Ausnahmen wegen erheblicher Hindernisse, Wichtigkeit der Urkunde und Besorgnis des Verlustes oder der Beschädigung zulässig sind. Die ersteren beiden Ausnahmsfälle werden bei Handelsbüchern, welche noch in Gebrauch sind, in der Regel vorliegen.

§. 46.

Umfang der erforderlichen Offenlegung.

Werden in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalte, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist.

A.D.H. Art. 38. **Entw. I** §. 41. **Entw. II** §. 45.

§. 46.

Damit kein Kaufmann gezwungen werde, seine ganzen Bücher offen zu legen, welche über seinen gesamten Geschäftsverkehr oder Vermögensstand Auskunft geben, ist verordnet, daß von dem Inhalte der vorgelegten Bücher nur soweit er den Streitpunkt betrifft unter Zuziehung der Parteien Einsicht und geeignetenfalls eine auszugsweise Abschrift zu nehmen, und daß auch dem Gericht der übrige Inhalt der Bücher nur insoweit offen zu legen ist, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig erscheint (P. 944, 946). In demselben Umfange wie dem Gericht sind auch den Hilfspersonen des Gerichts, namentlich den etwa ernannten Sachverständigen, die Bücher offen zu legen. Die beweispflichtige Partei hat die Stellen der Bücher anzugeben, auf welche es ankommt (R.G. I, 424). Für die Anwendung des §. 46 ist es unerheblich, ob der Eigentümer der Bücher oder der Gegner der Beweisführende ist (P. 947).

§. 47.

Volle Offenlegung bei Vermögensauseinandersetzungen.

Bei Vermögensauseinandersetzungen, insbesondere in Erbschafts=, Gütergemeinschafts= und Gesellschaftstheilungssachen, kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen.

A.D.H. Art. 40. **Entw. I** §. 42. **Entw. II** §. 46.

§. 47.

Nur ein Recht des Gerichts, die Offenlegung anzuordnen, ist bestimmt („kann"; vgl. R.O.H. II, 129); das Gericht ist nicht verpflichtet, auf Antrag eines anderen Beteiligten

diese Anordnung zu treffen, hat vielmehr nach eigenem Ermessen zu entscheiden (R.G. XX, 45). Unter „Gericht" ist nur das Prozeßgericht verstanden, denn nach Denkschr. 48 ist das Verlangen auf Vorlegung im Wege der Klage zu verfolgen, falls nicht bereits über die Vermögensauseinandersetzung ein Rechtsstreit anhängig ist. Auch in anderen Fällen der Vermögensauseinandersetzung als den in §. 47 besonders hervorgehobenen findet §. 47 Anwendung, z. B. Vermögensauseinandersetzungen infolge der Schenkung eines Vermögens oder Vermögensbruchteils oder infolge eines Leibrentenvertrages (Denkschr. 47). Im Konkurse bedarf es zu der erforderlichen Vorlegung der Bücher in der Regel keiner besonderen richterlichen Anordnung; das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Konkursordnung (Denkschr. 48).

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

Dieser Abschnitt regelt ohne Rücksicht auf das innere Verhältnis zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem Prokuristen oder Bevollmächtigten (dies innere Verhältnis kann z. B. Auftrag oder Dienstvertrag oder Werkvertrag oder Gesellschaftsvertrag sein) die Wirkungen der Prokura- oder Handlungsvollmachts-Erteilung gegenüber Dritten (Denkschr. 48). Ergänzend kommen die Bestimmungen des B.G. über Vertretung und Vollmacht (§§. 164ff. B.G., abgedruckt hinter §. 58 H.G.B.) in Betracht. Auf Minderkaufleute finden nicht die Bestimmungen über Prokura (§. 4 Abs. 1), wohl aber die Bestimmungen über Handlungsvollmacht Anwendung.

I. Prokura (§§. 48—53). §. 48.

Erteilung.

Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung ertheilt werden.

Die Ertheilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesammtprokura).

A.D.H. Art. 41. **Entw. I** §. 43. **Entw. II** §. 47.

§. 48.

I. **Inhaber des Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter.**

a. **Handelsgeschäft.** Vgl. §. 22 Anm. I c.

b. **Inhaber oder gesetzlicher Vertreter.** Ein anderer als der Inhaber oder der gesetzliche Vertreter (z. B. Gewalthaber, Vormund, Pfleger, Vorstand einer juristischen Person) kann Prokura nicht erteilen, insbesondere nicht der Prokurist oder sonstige Bevollmächtigte. Zur Erteilung einer Prokura durch den Vormund ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (B.G. §. 1822 Ziff. 11). Sonderbestimmungen über die Berechtigung zu Erteilung und Widerruf der Prokura bezüglich der offenen Handelsgesellschaft §. 116 Abs. 3, 125 Abs. 3, 126, der K.G. §. 164 (vgl. R.O.H. VII, 414), der A.G. §. 232 Abs. 2, 238, 298 Abs. 4 (vgl. R.O.H. VIII, 340), der A.K.G. §. 320, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Ges. v. 20. April 1892 §. 47 Ziff. 7. Den Eingetragenen Genossenschaften ist die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb verboten im Ges. v. 1. Mai 1889 §. 40 Abs. 2. Liquidatoren sind nicht ermächtigt zur Neubestellung von Prokuristen (aner-

kannt bezüglich der A.G. und A.K.G. in §. 298 Abs. 4), da sie nicht mehr Rechte übertragen können als sie besitzen, ihre eigene Vertretungsmacht (§. 156) aber in einigen Beziehungen begrenzter ist als die gesetzliche Vertretungsmacht eines Prokuristen (§. 49), denn letzterer ist nicht nur zu denjenigen Handlungen welche das betreffende Handelsgewerbe, sondern welche ein Handelsgewerbe mit sich bringt, ermächtigt (R.O.H. XIII, 224. Der weitere in dieser Entscheidung angeführte Grund, daß nämlich während der Liquidation das Handelsgewerbe nicht mehr betrieben werde, erscheint nicht zutreffend. Vgl. §. 1 Anm. II G.). Bestellen Liquidatoren einen Prokuristen, so ist dies anzusehen als die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten der Liquidationsfirma mit allen Befugnissen eines Liquidators (R.O.H. XIII, 225). Eine vorhandene Prokura erlischt nicht durch den Eintritt der Liquidation (vgl. §. 52 Abs. 3; a. M. Staub Art. 46 §. 2); der Auftrag wird dann ein beschränkterer, nicht aber die Vollmacht; soll die Prokura bei Liquidationseintritt aufhören, so muß sie widerrufen werden; zum Widerruf sind auch die Liquidatoren befugt. Einen Fall der Prokuraerteilung seitens eines Einzelkaufmanns behufs Liquidation des Geschäfts durch die Prokuristen s. in Urteil d. Ob.Trib. v. 14. Nov. 1867 in Entsch. Bd. 59 S. 278 u. Str. Bd. 68 S. 348. Ein Minderkaufmann kann nicht Prokura erteilen (§. 4 Anm. II c).

II. **Erteilung durch ausdrückliche Erklärung.** „Ausdrücklich“ ist eine Erklärung, wenn sie in einem die Zustimmung bezeugenden und auf den betreffenden Gegenstand gerichteten Thun des Erklärenden besteht, im Gegensatz sowohl zu einem bloßen Unterlassen des Widerspruchs (z. B. wenn der andere mit Kenntnis des Geschäftsinhabers und ohne dessen Widerspruch sich als Prokurist bezeichnet; in diesem Fall kann aber Handlungsvollmacht vorliegen, vgl. R.O.H. VIII, 316; auch kann Schadensersatzpflicht eintreten), wie auch zu einem auf einen anderen Gegenstand gerichteten Thun, welches nur einen Rückschluß auf die Zustimmung zuläßt. Eine stillschweigende Willenserklärung genügt nicht (Denkschr. 49). Das Wort „Prokura“ braucht nicht notwendig gebraucht zu sein, wenn in anderer Weise der Unterschied von einer bloßen Vollmacht klar ist. Die Erklärung wirkt, wenn sie entweder gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, abgegeben ist (B.G. §. 167). Eine öffentliche Bekanntmachung der Prokuraerteilung (z. B. auch durch Anmeldung zum Handelsregister mit folgender Eintragung; vgl. entsprechend R.G. XXII, 60) ermächtigt jedem Dritten gegenüber, eine Mitteilung an einen einzelnen ermächtigt diesem einzelnen gegenüber zur Ausübung der in der Prokura liegenden Vertretungsmacht (B.G. §. 171. Für das bisherige preußische Recht vgl. Str. Bd. 33 S. 30). — Die bloße Erteilung der Prokura ist auch ohne Eintragung wirksam (§. 15 Anm. III). Ist die Eintragung oder Bekanntmachung versäumt, so findet §. 15 Abs. 1, ist die Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, so findet §. 15 Abs. 2 Anwendung. — Bei Erteilung der Prokura durch den Vormund ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert (B.G. §. 1822 Ziff. 11).

III. **Wem kann Prokura erteilt werden?** Das Gesetz enthält in dieser Beziehung keine Beschränkung. Derjenige, welchem Prokura erteilt wird, braucht nicht notwendig in einem Dienstverhältnisse zum Inhaber des Handelsgeschäfts zu stehen; er kann z. B. ein Verwandter sein, welcher die Vollmacht erhält, in Abwesenheit des Geschäftsinhabers das, was die Handlungsgehilfen vorlegen, als Prokurist zu zeichnen (P. 74). Auch einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann Prokura erteilt werden (Staub Art. 41 §. 2, Behrend, Lehrbuch d. Handelsrechts §. 72 Anm. 27 gegen Busch, I, 147, Behrend in Z.f.H. Bd. 28 S. 430). Es muß sogar für zulässig erachtet werden, daß ein einzelner von mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern oder gesetzlichen Vertretern (z. B. mehreren Vormündern, welche an sich

nur gemeinschaftlich handeln können, §. 1797 B.G.) durch gemeinschaftliche Erklärung aller die Prokura erhält (Vgl. R.O.H. VIII, 340).

IV. **Gesamtprokura.** Im Falle der Gesamtprokura sind die mehreren Prokuristen nur gemeinschaftlich befugt zu Handlungen und Erklärungen (mündlichen wie schriftlichen) auf Grund der Prokura; auch wenn Gefahr im Verzuge, besteht keine Ausnahme (P. 950). Über die Frage, ob die Gesamtprokuristen einem von ihnen Vollmacht (jedenfalls nicht Prokura; §. 52 Abs. 2) erteilen können, vgl. jetzt §. 181 B.G. Die Entscheidung hängt davon ab, ob in letzterer Bestimmung auch das Verbot zu finden ist, als einer von mehreren Bevollmächtigten mit sich allein ein Rechtsgeschäft zu schließen; dies ist wohl zu verneinen, mithin auch die Bevollmächtigung eines der Gesamtprokuristen durch alle zulässig. In den Fällen, in denen es auf Willensmängel oder auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände in der Person des Vertreters ankommt (§. 166 Abs. 1 B.G.), genügt es, wenn die betreffenden Umstände in der Person eines der Gesamtvertreter vorhanden sind (Staub). Deshalb genügt auch die Abgabe einer an den Vertretenen gerichteten Willenserklärung gegenüber einem der Gesamtvertreter. Andere Fälle einer Gesamtvertretung s. in den §§. 125 Abs. 2, 150, 232 Abs. 1 H.G.B., §§. 709 Abs. 1, 744 Abs. 1, 747 B.G. Der Gesamtprokura ähnlich ist die Gestaltung, wonach ein Prokurist nur in Gemeinschaft mit einem (für sich allein gleichfalls nicht vertretungsberechtigten) Gesellschafter oder gesetzlichen Vertreter zur Vertretung ermächtigt wird; ausdrücklich zugelassen in §§. 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 (vgl. R.O.H. VIII, 340, Johow II, 20). In einer solchen Ermächtigung liegt in der Regel zugleich die Erteilung einer besonderen Befugnis (§. 49 Abs. 2) zur Mitwirkung bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, die jener Gesellschafter oder gesetzliche Vertreter, wenn er allein zur Vertretung ermächtigt wäre, kraft seiner Vertretungsbefugnis vorzunehmen berechtigt wäre (Johow XV, 100).

Umfang der Vertretungsmacht. §. 49.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist.

A.D.H. Art. 42. **Entw. I** §. 44. **Entw. II** §. 48.

§. 49.

I. **Alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen.** Die in Art. 42 A.D.H. enthaltene besondere Hervorhebung der Berechtigung zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten ist als neben dem allgemeineren Ausdruck überflüssig nicht in §. 49 aufgenommen (Denkschr. 49); jene Berechtigung bleibt mithin bestehen. Für den Prokuristen gelten namentlich nicht die in §. 54 Abs. 2 hervorgehobenen Beschränkungen der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten bezüglich der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, der Aufnahme von Darlehen und der Prozeßführung (R.O.H. XXI, 342). Er ist insbesondere auch ermächtigt zu Vergleichen, Erlassen, Versicherungsverträgen, Schenkungen (M. 27), soweit der Betrieb eines Handelsgeschäfts sie mit sich bringt. Das Geschäft oder die Rechtshandlung kann auch eine solche sein, welche sich gegen Kommanditisten oder Aktionäre der eigenen Gesellschaft richtet (R.O.H. VII, 414, IX, 70). — Nach §. 159 C.P.O. erfolgt die Zustellung in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst.

II. **Die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.**

a. **Betrieb.** Die Vollmacht zum Betrieb schließt nicht die Vollmacht zur Aufgabe und Einstellung des Betriebes und zum Abschluß der diesem Zwecke dienenden Rechtsgeschäfte ein, also auch nicht das Recht zum Verkauf des Geschäfts (R.O.H. XXIII, 28).

b. **Eines** Handelsgewerbes d. h. der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes, nicht nur desjenigen Geschäftszweiges, welcher unter der Firma, für welche Prokura erteilt ist, bisher betrieben wurde (P. 91, 951, RG. XVII, 38); anders bei der Handlungsvollmacht (§. 54 Abs. 1: „derartiges Handelsgewerbe").

c. **Handelsgewerbe** s. §§. 1—3.

d. **„Mit sich bringt"** steht für „mit sich bringen kann" (P. 951).

III. **Grenzen der Vertretungsmacht.**

a. **Veräußerung und Belastung von Grundstücken.** Diese Ausnahme ist entsprechend dem Art. 42 A.D.H. beibehalten worden, trotzdem die Bestimmung des Art. 275 A.D.H., daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien, nicht übernommen worden ist. Der Prokurist hat demgemäß die Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nur, wenn sie ihm besonders erteilt ist. Das Wort „besonders" ist statt des Wortes „ausdrücklich", welches im Entwurfe erster Lesung der Nürnberger Kommission stand, gesetzt worden, um eine thatsächliche (stillschweigende) Erteilung der gedachten Befugnis möglich zu machen; dabei wurde jedoch bemerkt, daß es selbstverständlich gleichgiltig sei, ob dies gleichzeitig mit der Prokuraerteilung oder durch eine spätere Handlung geschehe (P. 952). Eine solche besondere Erteilung liegt z. B. in der Bestellung eines Prokuristen als Gesamtprokuristen mit dem einzigen Vorstandsmitglied einer A.G. (Johow XV, 99. Vgl. §. 48 Anm. IV). Die Erteilung der Befugnis wirkt, wenn die Voraussetzungen des §. 54 vorliegen, gleichzeitig auch als Erteilung einer Handlungsvollmacht. Zum Erwerbe von Grundstücken und zu deren Entlastung bedarf der Prokurist keiner besonderen Ermächtigung.

b. **Streng persönliche Rechte.** Soweit eine Vertretung überhaupt oder durch andere als gesetzliche Vertreter unzulässig ist, kann auch der Prokurist den Geschäftsinhaber oder die gesetzlichen Vertreter desselben nicht vertreten. So kann er z. B.. nicht Prokura erteilen (§. 52 Abs. 2), nicht die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmte Unterschrift des Firmeninhabers zeichnen (§. 12 Anm. Id), nicht Inventar und Bilanz unterzeichnen (§. 41 Abs. 1), nicht Eide welche dem Vertretenen auferlegt sind, leisten (§. 440 C.P.O.). — Einen Strafantrag namens des Firmeninhabers zu stellen, ist der Prokurist als solcher nicht immer berechtigt; es wird aber auch abgesehen von dem Fall der Prokura angenommen, daß auch ohne ausdrücklichen und besonders auf Stellung eines Strafantrages gerichteten Auftrag das Recht zur Entschließung über Stellung des Strafantrages im Namen des Verletzten und zu der Stellung dieses Antrages selbst auf Grund allgemeiner Bevollmächtigung zur Vertretung des Machtgebers bestehen könne, daß hierfür allein entscheidend sei, ob in dem einzelnen Falle angenommen werden könne, es entspreche die Stellung des Antrages dem wirklichen Willen des Machtgebers, und daß die letztere Schlußfolgerung regelmäßig namentlich dann zulässig sei, wenn dem Bevollmächtigten die Verwaltung des Vermögens oder eines bestimmten Vermögensteiles des Machtgebers in allen hierauf bezüglichen Angelegenheiten obliegt (R.G. in Strss. XV, 145).

§. 50.

Beschränkung des gesetzlichen Umfanges.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.

Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

A.D.H. Art. 43. **Entw. I** §. 45. **Entw. II** §. 49.

§. 50.

I. **Beschränkung der Prokura.** Auch die Beschränkung, daß die Prokura nur gegenüber einem bestimmten Dritten oder daß sie nur für die Lebenszeit des Vollmachtgebers gelten soll, ist nach §. 50 Abs. 1, §. 52 Abs. 3 unwirksam.

II. **Wirkungen einer Beschränkung der Prokura.**

a. **Zwischen dem Prokuraerteiler und dem Prokuristen** richtet sich die Wirkung nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis (P. 86; R.G. XXX, 21).

b. **Zwischen dem Prokuristen und dem Dritten** begründet eine etwa erfolgte unzulässige Beschränkung der Prokura keine Änderung in der Vertretungsmacht des Prokuristen (§. 50 Abs. 1), der Prokurist wird daher auch bei Nichtachtung der Beschränkung nicht schadensersatzpflichtig gegenüber dem Dritten gemäß §. 179 B.G.

c. **Zwischen dem Prokuraerteiler und dem Dritten.** Etwa der Prokura hinzugefügte unzulässige Beschränkungen werden als nicht beigesetzt erachtet (P. 86). Dies hat zur Folge, daß dergleichen Beschränkungen, auch wenn sie dem Dritten bekannt waren, diesem gegenüber von keiner rechtlichen Wirkung sind. (Ob. Trib. v. 14. Nov. 1867 in Str. Bd. 68, S. 348 und Entsch. Bd. 59, S. 277.) Nach R.G. IX, 149 ist nur dann das trotz der dem Dritten bekannten Beschränkung abgeschlossene Geschäft unverbindlich für den Geschäftsinhaber, wenn von der durch das Gesetz gegebenen Vertretungsbefugnis Gebrauch gemacht ist in der Absicht, sich oder anderen zum Nachteile des Geschäftsinhabers einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, die Vertretungsmacht mithin von dem Vertreter gemißbraucht ist und der Dritte an dieser Arglist des Vertreters teilgenommen, d. h. absichtlich zum Nachteil des Geschäftsinhabers mit ihm zusammengewirkt hat, so daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einrede der Arglist gegen ihn begründet ist. (Vgl. jetzt B.G. §. 157, 823, 826, 853, St.G.B. §. 266, 47—49).

III. **Mehrere unter verschiedenen Firmen betriebene Niederlassungen des Geschäftsinhabers.**

a. **Niederlassung** vgl. §. 13 Anm. I b. In welchem Verhältnis die verschiedenen Niederlassungen zu einander stehen, ob es getrennte Geschäfte oder Haupt- und Zweigniederlassung sind (§. 13 Anm. I a, II b, §. 17 Anm. III c), ist unerheblich.

b. **Verschiedenheit der Firmen.** Vgl. §. 13 Anm. II b, §. 17 Anm. III c, §. 29 Anm. IV. Aus §. 50 Abs. 3 Satz 2 ist zu entnehmen, daß es gestattet sein soll, der Firma einer Zweigniederlassung willkürlich einen Zusatz zu geben, der sie als Zweigniederlassungsfirma kennzeichnet. Der hier erwähnte Zusatz ist nicht der gleiche wie der notwendige Zusatz des §. 30 Abs. 3, welcher eine Kennzeichnung als „Zweigniederlassungsfirma" enthalten kann, aber nicht zu enthalten braucht.

c. **Wirkung der Prokuraerteilung in diesem Fall.** Erteilt der Inhaber eines Geschäfts mit mehreren verschieden firmierenden Niederlassungen Prokura, so gilt

die Prokura für alle Niederlassungen. Eine Beschränkung auf eine solche Niederlassung ist mit Wirkung gegen Dritte zulässig. Besitzt der Geschäftsinhaber verschiedene Geschäfte mit verschiedenen Firmen, so ist die Prokura auch ohne ausdrückliche Hinzufügung einer Beschränkung nur wirksam für das Geschäft oder die Geschäfte, für welche sie erteilt ist. Soweit der Prokurist unter der Firma desjenigen Geschäfts oder derjenigen Niederlassung, für welche die Prokura erteilt ist, handelt, bleibt er aber nach außen zu allen Handlungen ermächtigt, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes (§. 49 Anm. IIb) mit sich bringt.

§. 51. **Zeichnung des Prokuristen.**

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt.

A.D.H. Art. 44 Abs. 1. **Entw. I** §. 47. **Entw. II** §. 51.

§ 51.

I. **Zeichnung des Prokuristen.** Der Art. 44 A.D.H. lautete:

„Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma einen die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt.

Bei einer Kollektivprokura hat jeder Prokurist der mit diesem Zusatze versehenen Firmazeichnung seinen Namen beizufügen."

Die besondere Vorschrift für Gesamtprokuristen ist als neben der Vorschrift für Prokuristen überflüssig fortgelassen (Denkschr. 50). Die Änderung der Fassung des Abs. 1 scheint erfolgt zu sein, um festzustellen, daß nicht mehr die Art der Zeichnung:

p. p. A. & Co. / B., sondern nur noch die Art: A. & Co. / p. p. B.

zulässig sein soll. Dadurch, daß ein bestimmter Inhalt für Zeichnungen vorgeschrieben ist, sollen selbstverständlich mündliche Erklärungen des Prokuristen nicht ausgeschlossen werden; es macht keinen Unterschied, ob die mündliche Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll; tritt jedoch der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (B.G. § 164).

II. **Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung.** Ähnlich wie bei Zeichnung der Firma durch den Geschäftsinhaber (§. 17 Anm. IIIb) kommt es bei der Zeichnung durch den Prokuristen nur darauf an, daß der Wille, eine Erklärung für den Geschäftsinhaber auf Grund der Prokura abzugeben, zum Ausdruck gekommen ist. Auch hier ist daher der Gebrauch der Firma in ungenauer Form oder eine Abweichung von der vorgeschriebenen Art des Zeichnens als Prokurist unerheblich. Der §. 51 enthält nur eine Ordnungsvorschrift (P. 953, Johow XIII, 171, R.G. v. 3. Juli 1894 J.W. S. 431 Nr. 34), nur einen Wunsch des Gesetzgebers (Thöl §. 56 Ziff. 3); die Zeichnung des Prokuristen ist selbst dann (und selbst bei Wechselunterschriften) verbindlich für den Geschäftsinhaber, wenn der Prokurist nur mit der Firma des Geschäftsinhabers ohne seinen eigenen Namen und Prokurazusatz zeichnet (Str. Bd. 51, S. 356, R.O.H. X, 56, R.O.H. V, 263, R.G. IV, 320, die letzteren beiden Urteile unter ausdrücklicher Verwerfung der gegenteiligen Entscheidungen des preußischen Obertribunals Entsch. Bd. 60, S. 323, Str. Bd. 71, S. 358, Bd. 74, S. 91, Bd. 76, S. 149, 155), oder wenn er mit der Firma des Geschäftsinhabers und Prokurazusatz jedoch ohne Hinzufügung seines eigenen Namens zeichnet (R.O.H. XVIII, 100). Unter Umständen, z. B. wenn der Prokurist nur mit seinem eigenen Namen unterzeichnet, läßt allerdings die Unterschrift zweifelhaft, ob der Prokurist für den Geschäftsinhaber handeln wollte;

es ist dann zulässig, diese Ungewißheit durch Beachtung der Nebenumstände zu heben (B.G. §. 164, R.O.H. XII, 134; z. B. wenn der Prokurist nur seinen Namen mit Prokurazusatz zeichnet, der Vordruck der Firma sich aber am Kopfe des Schriftstücks befindet, Johow XI, 39); letzteres jedoch nicht bei Wechselunterschriften, weil der Verpflichtungswille nur insoweit wirksam ist als er auf dem Wechsel Ausdruck gefunden hat. Eine genügende Unterschrift auf einem Wechsel liegt aber vor, wenn die Fima durch Stempel aufgedruckt wird, und der Prokurist dann seinen Namen mit Prokurazusatz unterschreibt (R.O.H. XIV, 318).

§. 52.

Widerruflichkeit. Unübertragbarkeit. Tod des Prokuragebers.

Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Ertheilung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Die Prokura ist nicht übertragbar.

Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

A.D.H. Art. 54, 53. **Entw. I** 46, 53. **Entw. II** §. 50, 57.

§. 52.

I. **Widerruflichkeit.** Während nach B.G. §. 168 die Vollmacht nur dann widerruflich ist, wenn sich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis nicht etwas anderes ergiebt, ist die Prokura unbedingt widerruflich ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis. Bei der offenen Handelsgesellschaft, der K.G. und der A.K.G. kann der Widerruf durch jeden der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen (§. 125 Abs. 1. Vgl. §§. 116 Abs. 3, 109, 126 Abs. 1, 161 Abs. 2, 320 Abs. 2). Verzichtet ein Widerrufsberechtigter auf die Widerruflichkeit der Prokura, so kann der Prokurist aus diesem Vertrage nicht auf Belassung der Prokura klagen, gleichgiltig ob der Vertrag mit ihm oder mit einem Dritten geschlossen ist (Denkschr. 50, R.O.H. XXIII, 326, R.G. XXVII, 39). Auch der Dritte kann in diesem Fall nicht auf Belassung klagen, weil die vertragsmäßige Bindung, unwiderruflich einen Bevollmächtigten mit so weiter Vertretungsmacht wie sie die Prokura enthält zu bestellen, ähnlich weit gehen würde wie die Zuwendung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens an einen Dritten und deshalb nichtig wäre (B.G. §. 310, 311, R.G. XXVII, 35); nur dann ist eine solche Klage des Dritten zulässig, wenn letzterer ebenso wie sein Vertragsgegner persönlich haftender Gesellschafter der Gesellschaft ist, für welche der Prokurist bestellt werden soll, so daß zugleich sein eigenes Vermögen bei Belassung des Prokuristen auf dem Spiel steht (R.G. II, 34, XXVII, 40). Dem Verzicht auf den Widerruf entsprechend liegt der Fall der vertraglichen Verpflichtung zur Erteilung der Prokura.

II. **Unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.** Die Fassung entspricht dem §. 231 Abs. 3 und 492 Abs. 2. Unter „vertragsmäßige Vergütung" (früher Art. 227 Abs. 3 und Art. 459 Abs. 2 A.D.H.: „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen") ist jede Gegenleistung verstanden, welche auf Grund des der Prokuraerteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses geschuldet wurde, also z. B. auch Wohnungsrechte. Bezüglich derjenigen Gegenleistungen aber, welche mit der Ausübung der Prokura in unmittelbarem Zusammenhange stehen würden (z. B. Dienstwohnungen des selbständigen Leiters einer Zweigniederlassung) ist die Klage auf Erfüllung ausgeschlossen, und nur ein Entschädigungsanspruch bleibt bestehen (R.G. XXII, 39). — Die Fassung „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" erscheint

zu eng. Nicht bloß der Anspruch auf Erfüllung durch Gewährung der Gegenleistung bleibt bestehen, sondern auch alle sonstigen Rechte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. So kann z. B. der Widerruf Entschädigungsrechte oder Rücktrittsrechte begründen. Eine zugesagte Dienst- und Vertrauensstellung kann nicht einseitig auf die erstere beschränkt werden, es müßten denn besondere Gründe zur Entziehung des Vertrauens nachweisbar sein. Durch Unterlassung der Erteilung der zugesagten Prokura oder durch deren Entziehung nach der Erteilung wird auch die dienstliche Stellung des Handlungsgehilfen berührt. (Anders R.O.H. V, 349 wohl nur wegen der besonderen prozessualen Lage des betreffenden Falles; vgl. §. 70 H.G.B., §. 326 B.G.) Eine ungerechtfertigte Prokuraentziehung ist in der Regel eine schwere Kränkung des betroffenen Handlungsgehilfen und giebt ihm einen wichtigen Grund zu sofortiger Kündigung (O.L.G. Braunschweig v. 11. Juni 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 535). Dies gilt auch bei vergünstigungsweiser, nicht bloß bei vertragsmäßiger Einräumung; eine Entziehung nach Kündigung der Stellung durch den Prokuristen ist jedoch keine ungerechtfertigte (O.L.G. Hamburg v. 25. Sept. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 485). Ein Recht auf Entschädigung und unter Umständen ein Rücktrittsrecht steht auch dem Dritten zu, der die Erfüllung des Vertrages auf Erteilung bezw. Belassung der Prokura nicht erzwingen kann (Anm. I).

III. **Unübertragbarkeit.** Die jetzige Fassung des §. 52 Abs. 2 ist von der Reichstagskommission gewählt, um darauf hinzuweisen, daß (zum Unterschied von der Handlungsvollmacht, §. 58) die Prokura unbedingt, also auch mit Zustimmung des Geschäftsinhabers, nicht übertragen werden kann (K.B. 18).

IV. **Erlöschen.** Das Erlöschen der Vollmacht (also auch der Prokura) bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse (B.G. §. 168), sie erlischt aber jedenfalls nicht durch den Tod des Prokuragebers (§. 52 Abs. 3), im Verhältnis zu Dritten selbst dann nicht, wenn sie ausdrücklich auf die Lebenszeit beschränkt ist (§. 50 Anm. I, IIc). Ist z. B. das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, so erlischt sie im Zweifel auch nicht durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Prokuragebers (B.G. §. 672, 675). Über Fortsetzung des Dienstverhältnisses im Falle der Veräußerung des Geschäfts bei Lebzeiten des Dienstberechtigten s. §. 25 Anm. Va. Da die Prokura nur für den Betrieb des Handelsgeschäfts gegeben ist (§. 49 Anm. IIa), so erlischt sie, wenn das Handelsgeschäft aufhört zu bestehen (§. 22 Anm. Ib, Str. Bd. 2 S. 188, R.G. XII, 11), nicht aber schon durch Eintritt der Liquidation (§. 48 Anm. 2; a. M. Staub). Ist das Erlöschen der Prokura nicht eingetragen und bekannt gemacht (§. 53 Abs. 3), so kann der Prokurageber einem Dritten das Erlöschen nicht entgegensetzen, es sei denn daß es diesem bekannt war (§. 15 Abs. 1). Die Prokura erlischt weder durch bloße Löschung der Firma (§. 17 Anm. IIc), noch durch bloße Löschung der Prokura im Handelsregister, da die Löschung nur erklärende Wirkung hat (§. 15 Anm. III A). Auch nicht (a. M. anscheinend Staub) an sich durch Erlöschen der Firma (§. 31 Anm. IIIb), da die Prokura nicht für eine bestimmte Firma, sondern für ein bestimmtes Handelsgewerbe erteilt ist (§. 49 Abs. 1) und die vorgeschriebene Zeichnung mit der Firma nur auf schriftliche Erklärungen beschränkt und nur Ordnungsvorschrift ist (§. 51 Anm. II). — Über den Fall des Konkurses über das Vermögen des Prokuragebers vgl. §. 6 K.O., R.O.H. XXIV, 193 und den zur Ergänzung der Konkursordnung vorgeschlagenen §. 19a in Denkschr. z. B.G. Anlage II.

§. 53.

Anmeldung.

Die Ertheilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesammt-

β. die Ermächtigung zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften. Handlungsbevollmächtigte sind daher z. B. die Kellner (R.O.H. XXIV, 271).

γ. die Ermächtigung zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte. Mithin auch die Ermächtigung zu einem einzelnen Geschäft (Staub, R.O.H. I, 252, XVI, 131 gegen Bolze Bd. 9 Nr. 215).

d. **Gesamtvollmacht.** Die Zulässigkeit derselben ist nicht ausdrücklich erwähnt wie die Zulässigkeit der Gesamtprokura (§. 48 Anm. IV); dennoch ist die Zulässigkeit anzuerkennen. Der einzelne Gesamthandlungsbevollmächtigte hat für sich nicht die in §. 54 Abs. 1 erwähnte Vollmacht; mithin ist auf ihn allein auch §. 54 Abs. 3 nicht anwendbar.

II. **Umfang der Handlungsvollmacht.**

a. **Die einzelnen Arten.** Von dem Willen des Vollmachterteilers hängt es ab, welche der verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht er erteilen will, und wie weit innerhalb der einzelnen Vollmachtsart die Vollmacht reichen soll. Der Wille des Vollmachtgebers ist aus den Umständen des Einzelfalls zu erforschen (Str. Bd. 60 S. 345, Bd. 76 S. 110). Die gewollte Vollmacht kann umfassender sein als der gewollte Auftrag. **Etwa hinzugefügte Beschränkungen gelten** (anders bei der Prokura. §. 50 Anm. II); letzteres dem Dritten gegenüber allerdings nur dann, wenn er die Beschränkung kannte oder kennen mußte (§. 54 Abs. 3). — Der §. 54 Abs. 1 und 2 gilt an sich auch im Verhältnis des Vollmachtgebers zum Bevollmächtigten (Str. Bd. 64 S. 260, R.O.H. XXIV, 197); zwischen ihnen aber ändern etwa erfolgte Beschränkungen oder Erweiterungen der Vollmacht in allen Beziehungen den gesetzlichen Inhalt, so daß §. 54 Abs. 1 und 2 insoweit nur die Bedeutung einer Vermutung behält. Falls der Handlungsbevollmächtigte außerhalb der Grenzen der ihm erteilten Vollmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn handelt, so ist er insoweit nicht „Bevollmächtigter", mithin auch nicht wegen Untreue (§. 266 St.G.B) strafbar (R.G. in Strfs. XXVIII, 156). — Wird nur erklärt daß „Handlungsvollmacht und Vollmacht zur Prozeßführung" erteilt werde, so ist, wenn auch die Grenzen des Gewollten zweifelhaft sein mögen, aus den Umständen zu ermitteln, welche der verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht erteilt werden sollte, und insoweit gilt die Vollmacht; die Vollmacht zur Prozeßführung fällt unter die obige zweite Art der Handlungsvollmachten und ist als solche wirksam (dagegen Str. Bd. 68 S. 134).

α. Ist (ohne Beschränkung) eine Ermächtigung zum Betrieb eines Handelsgewerbes erteilt, so erstreckt sich nach §. 54 Abs. 1 die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb (§. 49 Anm. II a) eines derartigen Handelsgewerbes (§§. 1—3) gewöhnlich mit sich bringt. Diese General-Handlungsvollmacht unterscheidet sich ihrem gesetzlichen Umfange nach von der Prokura dadurch, daß der General-Handlungsbevollmächtigte nur zu solchen Geschäften und Rechtshandlungen für ermächtigt gilt, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, während der Prokurist zu allen Geschäften und Rechtshandlungen für ermächtigt gilt, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann (§. 49 Anm. II b). Außerdem waltet zwischen der General-Handlungsvollmacht und der Prokura der Unterschied ob, daß die erstere, nicht aber die letztere, mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte Beschränkungen aller Art erleiden kann, endlich, daß nach §. 159 C.P.O. in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten Zustellungen an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst erfolgen können. — Den Ein-

getragenen Genossenschaften ist die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb verboten (Ges. v. 1. Mai 1889 §. 40 Abs. 2).

β. u. γ. Ist (ohne Beschränkung) die Vollmacht zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte erteilt, so erstreckt sich nach §. 54 Abs. 1 die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Teil des Geschäfts ist bei einem Kauf namentlich auch die Vereinbarung des Preises; eine etwaige Beschränkung des Bevollmächtigten in der beliebigen Feststellung des Preises ist daher dem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn letzterer die Beschränkung kannte oder kennen mußte (§. 54 Abs. 3. R.O.H. XVI, 131).

b. **Derartiges** Handelsgewerbe, **derartige** Geschäfte. (Die Vollmacht des Prokuristen ist eine weitere; §. 49 Anm. II b.) Die Vollmacht reicht daher so weit, wie Geschäfte dieser Art in anderen Gewerbebetrieben derselben Gattung abgeschlossen zu werden pflegen, selbst wenn die Verhältnisse im einzelnen Gewerbebetriebe des Vollmachtgebers anders liegen (Str. Bd. 70 S. 359). Aber auch so weit, wie es zu der Eigenart des Geschäftsbetriebes des Vollmachtgebers gehört, selbst wenn in anderen Gewerbebetrieben derselben Gattung derartige Geschäfte nicht vorzukommen pflegen (R.O.H. VI, 154). Vgl. §. 56 Anm. V.

c. **Gewöhnlich mit sich bringt** (Vgl. §. 49 Anm. II d). Hierunter sind namentlich die Nebengeschäfte und die bei Durchführung des Geschäfts erforderlichen Ausführungshandlungen verstanden. Die Handlungsvollmacht beschränkt sich nicht auf den ersten Abschluß, sondern muß auch auf die später gepflogenen Unterhandlungen und die Ausgleichung von Schwierigkeiten, welche sich bei der Ausführung des Vertrages ergeben, bezogen werden (Str. Bd. 69 S. 348; die Fassung des A.D.H. Art. 47 lautete allerdings „Ausführung derartiger Geschäfte"; jetzt „Vornahme". Die Worte „gewöhnlich mit sich bringt" schließen aber auch jetzt die Ausführung ein). — Die Erwirkung einer Wechselverlängerung bringt nicht die Verpfändung von Gegenständen gewöhnlich mit sich (O.L.G. Hamburg v. 16. Febr. 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 484).

III. **Grenzen der Vollmacht.** Die Handlungsvollmacht umfaßt nicht, selbst falls ein derartiges Handelsgewerbe oder derartige Geschäfte dies gewöhnlich mit sich bringen, die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken (nur dies ausgeschlossen bei der Prokura; §. 49 Anm. III a), die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten (also Wechselerklärungen aller Art, soweit dadurch eine Verbindlichkeit übernommen wird), die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung. Die Befugnis hierzu kann jedoch „besonders" (Gegensatz zu „ausdrücklich"; §. 49 Anm. III a) erteilt werden. Die Handlungsvollmacht umfaßt ferner selbstverständlich nicht streng persönliche Rechte (§. 49 Anm. III b).

IV. **Verhältnis des Dritten zum Vollmachtgeber.** Der Abs. 3 ist neu hinzugefügt; sein Inhalt war aber bereits nach der bisherigen Rechtsprechung geltendes Recht (vgl. z. B. R.O.H. V, 209, XXIII 348 ff.). Beschränkungen der Handlungsvollmacht sind giltig (Anm. II a), mithin auch gegenüber dem Dritten wirksam, wenn dieser sie kannte (R.O.H. XII, 279) oder nur infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (= kennen mußte; §. 122 B.G.). Anderenfalls aber, wenn nämlich der Dritte die Beschränkungen nicht kennt und nicht kennen muß, so darf er annehmen, daß die Vollmacht den vollen in §. 54 Abs. 1 festgelegten gesetzlichen Umfang hat. Das „sonstige" in §. 54 Abs. 3 ist streng genommen überflüssig, denn wenn die in §. 54 Abs. 2 genannten Befugnisse ausgeschlossen werden, so ist dies nicht eigentlich eine Beschränkung der Handlungsvollmacht, sondern nur die Erklärung, daß sie in dem betreffenden Fall nicht über den

gesetzlichen Umfang ausgedehnt werden solle. Der Dritte handelt — falls keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen — nicht fahrlässig, wenn er den (ausdrücklichen oder aus den Handlungen zu folgernden) Angaben des Bevollmächtigten über den (innerhalb des gesetzlichen Umfanges, §. 54 Abs. 1, liegenden) Umfang seiner Vollmacht traut (R.O.H. X, 143). War die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird, es sei denn, daß der Dritte das Erlöschen kannte oder kennen mußte (B.G. §. 170, 173). Eine Erklärung der Vollmacht gegenüber einem Dritten liegt auch in dem bewußten Unterhalten einer durch den Bevollmächtigten vermittelten fortlaufenden Geschäftsverbindung mit einem Dritten; der Dritte handelt in solchem Falle nicht fahrlässig, wenn er unterläßt, sich vor jedem einzelnen Geschäft zu erkundigen, ob etwa die bisherige Vollmacht inzwischen widerrufen oder eingeschränkt worden sei (R.O.H. X, 381). Falls die Vollmacht vorhanden oder zu Gunsten des Dritten als vorhanden zu unterstellen, so kann der Vollmachtgeber nicht gegenüber dem Dritten sich darauf berufen, daß der Bevollmächtigte über die Grenzen des Auftrages geirrt (R.G. I, 9, XXX, 30) oder sie absichtlich überschritten hat — es sei denn in letzterem Falle, daß wegen Vorliegens besonderer Verdachtsgründe gegen die Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten dem Dritten eine Erkundigungspflicht oblag (O.L.G. Hamburg v. 19. Dezbr. 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 485). Der Vollmachtgeber muß das abgeschlossene Geschäft so gegen sich gelten lassen, wie es dem Bevollmächtigten angeboten und von ihm angenommen worden ist (R.G. XXX, 217, XXXVI, 247); insbesondere sind erheblich auch die Zusicherungen des Bevollmächtigten, selbst wenn demnächst das hierdurch veranlaßte Angebot des Dritten unmittelbar dem Vollmachtgeber zugesandt wird (R.G. XXX, 30).

Fernreisende.

§. 55.

Die Vorschriften des §. 54 finden auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung, die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet.

Die Reisenden gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden.

A.D.H. Art. 49. **Entw. I** §. 51. **Entw. II** §. 54.

§. 55.

I. **Fern-Handlungsreisende.**

a. **Sie sind Handlungsbevollmächtigte.** In den gewöhnlichen Fällen haben Handlungsreisende eine Handlungsvollmacht und zwar eine Vollmacht der in §. 54 Anm. Ioβ erwähnten Art. Gleichgiltig ist auch hier (anders nach bisherigem Recht; vgl. P. 4515, 4631 und „Prinzipal" in Art. 49 A.D.H. — Bezüglich des bisherigen Rechts a. M. Staub), in welchem Rechtsverhältnis der Reisende zu dem Geschäftsherrn steht, er kann sein z. B. Handlungsgehilfe (§. 59 Anm. IIa, vgl. daselbst über Reisespesen), Handlungsagent (§. 87), offener nicht geschäftsführender Gesellschafter, stiller Gesellschafter. Daß auf den Handlungsreisenden, wenn er Handlungsbevollmächtigter ist, die Vorschriften des §. 54 Anwendung

finden, ist selbstverständlich; sie sind anwendbar nicht nur auf den Fernreisenden, sondern auch auf den Stadtreisenden. Der §. 55 will in dieser Beziehung keinen Unterschied zwischen Fernreisenden und Stadtreisenden aufstellen. Im §. 55 Abs. 1 wird nur der Begriff des Fernreisenden festgelegt, und für letzteren allein (im Gegensatz zum Stadtreisenden) werden dann in den Abs. 2 und 3 besondere Regeln gegeben, welche nach Abs. 1 (und Abs. 2: „insbesondere") nicht statt der Vorschriften des §. 54, sondern nur in Ergänzung derselben gelten sollen. Der §. 54 findet daher auch insoweit Anwendung, als die Zulässigkeit einer Beschränkung der Befugnisse im §. 55 Abs. 2 oder einer Ausdehnung der Befugnisse über die in §. 55 Abs. 3 festgesetzten Grenzen hinaus und das dann eintretende Verhältnis zu Dritten in Betracht kommt.

b. **Begriff.** Fernreisende im Sinne des §. 55 sind diejenigen Reisenden, welche zur Vornahme von Geschäften (§. 54 Anm. IIaβ und γ) an Orten (= Handelsplatz im Gegensatz zu Gemeindebezirk, §. 29 Anm. V) verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung (gemeint ist nur eine Handelsniederlassung, §. 13 Anm. Ib) des Geschäftsinhabers nicht befindet. Auf Stadtreisende finden die Vorschriften des §. 55 Abs. 2 und 3 auch nicht entsprechende Anwendung (Denkschr. 51, R.G. VI, 83).

II. **Umfang der gesetzlichen Vollmacht des Fernreisenden.**

a. **Einziehung des Kaufpreises aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen.** (Anders bei denjenigen Handlungsagenten, welche nicht Handlungsreisende sind. §. 86 Abs. 1, §. 87.) Die Vollmacht besteht nur für diejenigen Verkäufe, welche von demselben Reisenden abgeschlossen sind; also nicht z. B. nach einem inzwischen eingetretenen Wechsel in der Person des Reisenden, oder wenn der Geschäftsherr das Geschäft abgeschlossen hatte. In den letzteren Fällen kann aber eine entsprechende Handlungsvollmacht gemäß §. 54 vorliegen (R.O.H. IV, 301, VI, 403, XV, 407, vgl. R.G. VI, 84). Da der Reisende nach §. 55 Abs. 2 Handlungsvollmacht zur Einziehung des Kaufpreises hat, so ist er nach §. 54 Abs. 1 auch zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die eine Einziehung des Kaufpreises gewöhnlich mit sich bringt, z. B. also (Staub) zur Bewilligung kleinerer Abzüge, wenn solche üblich sind, unter Umständen selbst (unten Anm. IIb) zu Nachlässen und Vergleichen.

b. **Bewilligung von Zahlungsfristen.** (Anders bei denjenigen Handlungsagenten, welche nicht Handlungsreisende sind. §. 86 Abs. 1, §. 87.) Auch zur Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Reisende nach §. 55 Abs. 2 nur bezüglich der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte ermächtigt; die Handlungsvollmacht kann jedoch eine weitergehende sein (Anm. IIa). Abgesehen von der Stundung des Kaufpreises ist der Reisende zu einer nachträglichen Abänderung der Bedingungen eines abgeschlossenen Geschäfts nicht befugt (Denkschr. 51), namentlich in der Regel nicht zur Rückgängigmachung eines Geschäfts, oder zum unentgeltlichen Verzicht auf wohlerworbene Rechte des Vollmachtgebers (R.O.H. VII, 116). Unter Umständen, in gewissen Geschäftszweigen und bei einer gewissen Art der Kundschaft, kann jedoch die Einziehung und Stundung auch Nachlässe und Vergleiche gewöhnlich mit sich bringen, und dann ist der Reisende auch hierzu berechtigt.

c. **Entgegennahme von Erklärungen.** Nur solange der Reisende anwesend ist, hat er Vollmacht zur Entgegennahme. (Ist der Reisende Handlungsagent, so ist er ohne diese Beschränkung ermächtigt; §. 86 Abs. 2.) Vorausgesetzt ist persönliche Anwesenheit dort wo die Erklärung abgegeben wird; es genügt nicht die Möglichkeit leichter Übermittelung, z. B. durch Fernsprecher (vgl. B.G. §. 147 Abs. 1). Die Erklärungen, zu deren Entgegennahme der anwesende Reisende

ermächtigt ist, sind Anzeigen von Mängeln einer Ware, die Zurverfügungstellung und andere Erklärungen „solcher Art", namentlich also Erklärungen, welche sich auf die Erfüllung der Verträge und die Gutheißung oder Bemängelung dieser Erfüllung beziehen. In dieser Beziehung ist die gesetzliche Vollmacht des Reisenden nicht auf diejenigen Geschäfte beschränkt, die er selbst abgeschlossen hat. Nur zur Entgegennahme der Erklärungen ist der anwesende Reisende ermächtigt (so daß der Kunde eine vorgeschriebene Anzeige in genügender Weise macht, wenn er sie nicht dem Vollmachtgeber sondern nur dem Reisenden gegenüber erstattet). Nicht aber zur Abgabe einer Erklärung namens des Vollmachtgebers als Antwort auf die Erklärung des Kunden, z. B. also nicht zur Genehmigung einer Zurverfügungstellung (Denkschr. 51, R.O.H. V, 106) oder zur Anerkennung des Vorhandenseins von Mängeln. Es kann allerdings im Einzelfall auch eine diese letzteren Befugnisse einschließende Handlungsvollmacht erteilt sein.

Ladenangestellte.

§. 56.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Waarenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Waarenlager gewöhnlich geschehen.

A.D.H. Art. 50. **Entw. I** §. 52. **Entw. II** §. 55.

§ 56.

I. **Laden oder offenes Warenlager.** Die Fassung des entsprechenden Art. 50 A.D.H. lautete: „in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Warenlager". Durch Nichterwähnung der „Magazine" in §. 56 sollte von dem bisherigen Rechte nicht abgewichen werden (Denkschr. 52). Nur auf offene Warenlager findet §. 56 Anwendung, d. h. auf solche, die nach dem Willen des Geschäftsherrn dem Publikum zugänglich sind. Unter „Laden" sind dem Publikum zugängliche Räume, in welchen Kleinverkauf stattfindet, verstanden, einschließlich solcher Kontors, die sich durch Aushängeschilder und dergleichen als offene Verkaufsräume ankündigen (P. 97). Das Bureau eines Bankgeschäfts fällt hierunter in der Regel nicht (R.O.H. XII, 38). Eine Ausdehnung der Regel auf andere dem Publikum zugängliche Geschäftsräume ist absichtlich unterlassen (Denkschr. 52); aber nur, um in diesen Fällen die Entscheidung offen zu lassen (P. 97), in dieser Beziehung (z. B. bezüglich anderer Komtoirs) verbleibt es daher bei den allgemeinen Vorschriften über Handlungsvollmachten. (H.G. Leipzig in Centralorgan Neue Folge I, 565 erachtet für ermächtigt zur Empfangnahme von Zahlungen einen Handlungsgehilfen, der seinen geschäftlichen Platz in einem Komtoir hat, in welchem Zahlungen gewöhnlich geleistet werden.)

II. **Angestellt** (vgl. §. 59 Anm. If). Der §. 56 setzt nicht voraus, daß der Angestellte Handlungsvollmacht hat. Man ging davon aus, daß niemand ermessen könne, ob eine in einem Laden ꝛc. angestellte Person ein Handlungsbevollmächtigter sei oder nicht (P. 97, 956). Ebenso ist unerheblich, ob der Angestellte ein Handlungsgehilfe ist (H.G. Leipzig in Centralorgan N.F. I, 567); erfordert ist nur, daß er in einem Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn steht, welches den Aufenthalt des Angestellten „in" dem Laden oder Lager zur von dem Geschäftsherrn beabsichtigten Folge hat. Man wird aber den Begriff noch weiter dahin einschränken müssen, daß nur solche Angestellte gemeint sind, welche den Verkehr mit dem Publikum übernehmen sollten, oder von denen der Geschäftsherr mindestens voraussehen mußte, daß sie an der ihnen angewiesenen Stelle in die Lage kommen würden, mit dem Publikum zu verkehren.

III. **Gilt als ermächtigt.** Der §. 56 setzt fest, daß bei dem Vorliegen bestimmter äußerer Umstände der Dritte eine Handlungsvollmacht gewissen Inhalts als erteilt voraussetzen

darf, selbst wenn der Angestellte thatsächlich überhaupt keine Handlungsvollmacht (oder nur eine beschränktere Handlungsvollmacht) erhalten hat. Der §. 56 ist daher nicht einfach ein Fall des §. 54, denn in dem letzteren Paragraphen ist immer vorausgesetzt, daß eine Handlungsvollmacht (gleichviel welchen Umfangs) erteilt ist. Die im Falle des §. 54 geltenden Regeln für die Erheblichkeit eines bei dem Dritten vorhandenen Kennens oder Kennenmüssens von Beschränkungen sind deshalb nicht unmittelbar anwendbar auf den Fall des §. 56, mindestens dann nicht, wenn dem Angestellten gar keine Handlungsvollmacht erteilt ist. Nichtsdestoweniger gilt jene Regel auch hier vermöge derselben allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche auch nach bisherigem Recht, trotzdem der jetzige §. 54 Abs. 3 nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen war (§. 54 Anm. IV), zur allgemeinen Anwendung derselben bei Handlungsvollmachten führten. Der Dritte, der weiß (oder wissen muß), daß der Angestellte keine oder nur beschränkte Vollmacht hat, kann sich daher auf §. 56 nicht berufen (R.O.H. XII, 39). Die Beschränkung wird daher auch für den Dritten dann z. B. wirksam, wenn sie durch eine für jeden, der den Geschäftsraum besucht, sicher erkennbare und verständliche Verkündigung allen, welche mit dem Angestellten in Geschäftsverhandlung treten, bekannt gemacht, oder wenn der Dritte von ihr besonders benachrichtigt worden ist (R.O.H. XX, 122). — Der §. 56 gilt an sich auch im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Angestellten, indessen nur wenn dem letzteren überhaupt Vollmacht erteilt ist, und nur als Vermutung mangels etwa erfolgter Beschränkungen der Vollmacht (Entsprechend für §. 54, vgl. §. 54 Anm. IIa).

IV. **Verkäufe und Empfangnahmen.** In der Vollmacht zum Verkauf liegt die Vollmacht zur Vereinbarung der näheren Bedingungen des Verkaufs, namentlich also der Höhe des Kaufpreises (R.O.H. XXIII, 351) und der Zeit und Art der Zahlung. Ein Antrag, die Vollmacht auf Verkauf gegen bare Zahlung als Regel einzuschränken, wurde in der Nürnberger Kommission abgelehnt (P. 99). Die Empfangnahme kann Waren oder Geld betreffen. Zu Verkauf und Empfangnahme ist der Angestellte nur ermächtigt soweit beides im Laden oder Warenlager, wo er angestellt ist, erfolgt (Str. Bd. 60 S. 346, R.O.H. XXII, 59). Die Fassung des bisherigen Art. 50 A.D.H. lautete: „gilt als ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen." Durch die Änderung der Fassung ist der Sinn nicht geändert worden.

V. **Derartiger** Laden oder **derartiges** Warenlager. Vgl. §. 54 Anm. IIb. Gemeint ist: „in einem derartigen oder in diesem Laden oder Warenlager." Die Worte „oder in diesem" wurden in der Nürnberger Kommission als selbstverständlich gestrichen (P. 98, 956).

VI. **Gewöhnlich geschehen.** Was zu den gewöhnlich in einem derartigen Laden oder Lager vorkommenden Verkäufen und Empfangnahmen gehört, ob namentlich nur Kleinverkäufe oder auch Großverkäufe, ob nur Verkäufe gegen sofortige bare Zahlung oder auch Verkäufe auf Kredit, kann nicht im allgemeinen, sondern nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles und dem bisherigen Gebrauche bestimmt werden (M. 34.).

§. 57.

Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

A.D.H. Art. 48. **Entw. I** §. 50. **Entw. II** §. 56.

§. 57.

I. **Verbot eines Prokurazusatzes.** Über die Art, wie der Prokurist zu zeichnen hat, vgl. §. 51 Anm. I.

II. **Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.** Er hat zu zeichnen, d. h. die Firma zu zeichnen. Er hat einen das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatz zu gebrauchen, z. B. „i. V." (= in Vollmacht), „p." (= per, für), „mand. noe." (= mandantis nomine). Endlich kann er auch seinen eigenen Namen hinzufügen. Das letztere ist allerdings für die Handlungsbevollmächtigten nicht ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben wie für den Prokuristen. Die vorschriftsmäßige Zeichnung würde daher zu lauten haben:

A & Co.
i. V. B. oder p. A & Co.
B. oder nur p. A & Co.

III. **Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung.** Es gilt Entsprechendes wie bei der Prokura. Vgl. §. 51 Anm. II. Der Gebrauch des verbotenen Prokurazusatzes durch den Handlungsbevollmächtigten kann letzteren unter Umständen schadensersatzpflichtig gegenüber einem hierdurch irregeführten Dritten machen.

§. 58.

Uebertragung der Handlungsvollmacht.

Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen.

A.D.H. Art. 53. **Entw. I** §. 53. **Entw. II** §. 57.

§ 58.

Während die Prokura trotz etwaiger Zustimmung des Vollmachtgebers nicht übertragbar ist (§. 52 Anm. III), ist die Handlungsvollmacht übertragbar, aber nur mit Zustimmung des Geschäftsinhabers (oder seines gesetzlichen Vertreters. Durch Auslassung dieser Worte ist kein Gegensatz zu §. 48 beabsichtigt). Der §. 58 bezieht sich nur auf eine Übertragung der Handlungsvollmacht als Ganzes; zur Bevollmächtigung anderer Personen zu einzelnen Geschäften ist der Handlungsbevollmächtigte auch ohne besondere Zustimmung des Vollmachtgebers befugt, wenn die Geschäfte, für welche ihm Vollmacht erteilt ist, dies gewöhnlich mit sich bringen (§. 54 Abs. 1; M. 31). Die versuchte Übertragung der Handlungsvollmacht in Fällen, in denen sie nach §. 58 nicht erfolgen kann, ist Dritten gegenüber wirkungslos (P. 959, 1425). Bezüglich des inneren Verhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten kommt es auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis an. Bei dem Dienstvertrag hat der Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten (B.G. §. 613); beim Auftrag darf der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen (B.G. §. 664). Überträgt ein Handlungsbevollmächtigter seine Vollmacht mit Zustimmnng des Geschäftsinhabers, so finden auf denjenigen, auf den die Vollmacht übertragen ist, alle Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte Anwendung (P. 959).

Anhang zum fünften Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Vertretung und Vollmacht.

I. Vertretung innerhalb der Vertretungsmacht.

Unmittelbare Vertretungswirkung.

§. 164. Eine Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt.

Beschränkt geschäftsfähiger Vertreter.

§. 165. Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

Willensmängel, Kenntnis, Kennenmüssen.

§. 166. Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntniss oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft ertheilten Vertretungsmacht (**Vollmacht**) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntniss des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntniss gleichsteht.

Vollmachtserteilung.

§. 167. Die Ertheilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht.

Erlöschen, Widerruf.

§. 168. Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein Anderes ergiebt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des §. 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder geschäftsführenden Gesellschafters.

§. 169. Soweit nach den §§. 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zu Gunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muss.

> §. 674. Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntniss erlangt oder das Erlöschen kennen muss.
>
> §. 729. Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniss erlangt oder die Auflösung kennen muss.

Erloschene, durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilte Vollmacht.

§. 170. Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten ertheilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird.

Kundgebung durch Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung.

§. 171. Hat Jemand durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, dass er einen Anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt.

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.

Vollmachtsurkunde.

§. 172. Der besonderen Mittheilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber steht es gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt.

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird.

Kennen oder Kennenmüssen des Dritten.

§. 173. Die Vorschriften des §. 170, des §. 171 Abs. 2 und des §. 172 Abs. 2 finden keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss.

Einseitiges Rechtsgeschäft.

§. 174. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem Anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Anderen von der Bevollmächtigung in Kenntniss gesetzt hatte.

Rückgabe der Vollmachtsurkunde.

§. 175. Nach dem Erlöschen der Vollmacht hat der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückzugeben; ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu.

Kraftloserklärung.

§. 176. Der Vollmachtgeber kann die Vollmachtsurkunde durch eine öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklären; die Kraftloserklärung muss nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung veröffentlicht werden. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam.

Zuständig für die Bewilligung der Veröffentlichung ist sowohl das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Vollmachtgeber seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, als das Amtsgericht, welches für die Klage auf Rückgabe der Urkunde, abgesehen von dem Werthe des Streitgegenstandes, zuständig sein würde.

Die Kraftloserklärung ist unwirksam, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerrufen kann.

II. Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Vertrag.

§. 177. Schliesst Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.

Fordert der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen

nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Widerrufsrecht des Vertragsgegners.

§. 178. Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Theil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.

Vertragschliessen als Vertreter.

§. 179. Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Theile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Einseitiges Rechtsgeschäft.

§. 180. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird.

III. Rechtsgeschäfte des Vertreters mit sich in anderer Eigenschaft.

§. 181. Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht und zu anderen gesetzlichen Bestimmungen.** Im Gegensatz zum bisherigen A.D.H. trennt das H.G.B. schärfer die Bestimmungen über Handlungsgehilfen (§§. 59—75) und Handlungslehrlinge (§§. 76—82). Neben den Bestimmungen des H.G.B. kommen zur Anwendung namentlich die allgemeinen Bestimmungen des B.G. §§. 611—630 über den Dienstvertrag (abgedr. unten hinter §. 83 H.G.B.), die Bestimmungen der Gewerbeordnung (Fassung des Ges. v. 1. Juni 1891 R.G. Bl. 261. In Kraft gesetzt durch Vdg. v. 28. März 1892 R.G.Bl. 339, Vdg. v. 4. Febr. 1895 R.G.Bl. 11) §. 105a—105i über Sonntagsruhe, §. 120 über Besuch der Fortbildungsschule durch Personen (nicht nur Lehrlinge, was man aus der Verweisung in §. 76 Abs. 4 H.G.B. zu schließen geneigt sein könnte) unter 18 Jahren (jedoch nach §. 154 G.O. nicht

die übrigen Bestimmungen des Titels VII Gewerbeordnung über gewerbliche Arbeiter), des Krankenversicherungsgesetzes (Fassung des Ges. v. 10. April 1892 R.G.Bl. 417) §. 1 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 4, §. 2 Ziff. 5, §. 2b. Vgl. Baron, die sozialpolitischen Bestimmungen des neuen H.G.B. in Deutsche Juristen-Ztg. 1897 S. 249.

II. **Haftung des Geschäftsherrn nach außen für Handlungen der Angestellten.** Das H.G.B. regelt nur das innere Verhältnis zwischen dem Gewerbeunternehmer und seinen Gehilfen und Lehrlingen, nicht (abgesehen von dem in Buch I Abschnitt 5 H.G.B. behandelten Fall des Vorliegens einer Prokura oder Handlungsvollmacht) die Haftung der ersteren nach außen für Handlungen der letzteren; hierfür kommen die allgemeinen Bestimmungen des B.G. zur Anwendung, namentlich §. 278: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden . . . ." und §. 831: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde . . . ." (Denkschr. 55.)

III. **Minderjährige Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.** Für dieselben bestimmt §. 74 Abs. 3 (§. 76 Abs. 1) die Unzulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote. Nach §. 113 B.G. sind Minderjährige über 7 Jahre, welche von ihrem gesetzlichen Vertreter ermächtigt sind, in Dienst oder in Arbeit zu treten, unbeschränkt geschäftsfähig für Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen; die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art. Die Ermächtigung ist jedoch bei Mündeln nur wirksam, wenn (thunlichst nach dessen Anhörung, §. 1827 Abs. 1 B.G.) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgt, und in Frage steht ein für länger als ein Jahr zu schließender Lehrvertrag oder die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, bei welchem der Mündel zu persönlichen Leistungen für länger als ein Jahr verpflichtet werden soll (§. 1822 Ziff. 6, 7 B.G.).

IV. **Anwendbarkeit des neuen Rechts auf bestehende Dienstverhältnisse.** Einf.-Ges. z. B.G. bestimmt Art. 170: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des B.G. entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend." Art. 171: „Ein zur Zeit des Inkrafttretens des B.G. bestehendes . . . Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B.G. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des B.G." **Nach Art. 1 Abs. 2 Einf.-Ges. z. H.G.B. tritt der sechste Abschnitt des ersten Buches des H.G.B. mit Ausnahme des §. 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.** Jene Bestimmung des Einf.-Ges. z. B.G. wird selbst vor ihrem formellen Inkrafttreten entsprechend auch auf die im Handelsgesetzbuch enthaltene Regelung des Dienstvertrages anwendbar sein. Auch nach Ob.-Trib. Bd. 60 S. 343 (gegen Str. Bd. 53 S. 126, Bd. 56 S. 325) ist aus einer Fortsetzung des Dienstvertrages unter neuem Recht eine Unterwerfung unter das neue Recht zu schließen. Im übrigen kann bis zum Inkrafttreten des B.G. und der übrigen Teile des H.G.B. nicht bereits das neue bürgerliche Recht und der übrige Teil des H.G.B. bei Anwendung der Bestimmungen über Handlungsgehilfen benutzt werden, außer soweit ausdrücklich darauf

verwiesen ist, wie auf den neuen Begriff des Handelsgewerbes in §. 59 und auf §§. 842—846 B.G. in §. 62 Abs. 3. Keine solche Verweisung ist die Erwähnung des B.G. in §. 75 Abs. 2.

I. Handlungsgehilfen (§§. 59—75).

§. 59. Begriff. Dienste. Vergütung.

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehülfe), hat, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen oder über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.

A.D.H. Art. 57. **Entw. I** §. 54. **Entw. II** §. 58.

§. 59.

I. **Begriff des Handlungsgehilfen.** Im A.D.H. war er nicht bestimmt worden, sondern als bekannt vorausgesetzt; im A.D.H. umfaßte er die Lehrlinge, jetzt steht der Handlungsgehilfe im Gegensatz zum Handlungslehrling. Der Handlungsgehilfe ist als solcher nicht Kaufmann (§. 1 Anm. II E).

a. In einem Handelsgewerbe angestellt. Der Handlungsgehilfe ist Teil des inneren Organismus des Geschäfts; nach außen verliert er insoweit seine Selbständigkeit (R.G. XXXVII, 280). Das unterscheidet ihn z. B. vom Handlungsagenten.

b. In einem **Handelsgewerbe** angestellt. Also in einem unter §. 1 fallenden eingetragenen oder nicht eingetragenen, oder in einem unter §. 2 oder 3 fallenden eingetragenen Betriebe. Vgl. auch §. 5. Ein Antrag, von der durch Aufstellung dieses Merkmals gegebenen Beschränkung abzusehen, wurde in der Kommission abgelehnt (K.B. 21).

c. **Kaufmännische** Dienste. Über die im Betriebe eines Handelsgewerbes Beschäftigten, welche andere als kaufmännische Dienste leisten, bestimmt §. 83. Der Begriff der „kaufmännischen Dienste" war von der Rechtsprechung entwickelt worden behufs Schaffung der im A.D.H. fehlenden ausdrücklichen Abgrenzung der Handlungsgehilfen von sonstigen Angestellten (Gewerbegehilfen, Gesinde u. s. w.). Hierbei wurde das „kaufmännisch" im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, nicht im Sinne des im A.D.H. bestimmten Kaufmannsbegriffs verstanden (R.O.H. XVII, 309, RG. I, 268). Der in dieser Weise ausgebildete Begriff der „kaufmännischen Dienste" ist nunmehr vom H.G.B. aufgenommen worden. Man wird daher auch jetzt für die Frage, was kaufmännisch ist, nicht die Begriffsbestimmung des Kaufmanns in §. 1 zu Hilfe nehmen dürfen. Vielmehr ist nur auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch, die Verkehrsauffassung (Denkschr. 55) Rücksicht zu nehmen. Es kommt mithin auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob man die geleisteten Dienste als kaufmännische zu bezeichnen hat (R.O.H. XVII, 312). Als kaufmännisch ist namentlich anzusehen die Thätigkeit bei Ankauf und Veräußerung der Waren und den übrigen den Warenumsatz betreffenden Geschäften, einschließlich der Komptoirgeschäfte (R.O.H. X, 299, XIV, 115) und der Beaufsichtigung des Lagers (O.L.G. Hamburg v. 8. Juli 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 486). Zu den Handlungsgehilfen sind daher namentlich zu rechnen der Buchhalter, Kassierer, Kommis, Korrespondent, Handlungsreisende, Verkäufer im offenen Laden (vgl. P. 95). Es sind ferner hierzu gerechnet worden: der Verwalter einer Fabrik (R.O.H. XIV, 114),

unter Umständen auch der technische Leiter einer Fabrik (R.O.H. XVIII, 25, R.G. XXXVIII, 118), der Leiter eines Hotels (Bolze Bd. 16 Nr. 238), Bernsteinsortierer (R.O.H. XVII, 312), Provisor in einer Apotheke (Str. Bd. 61 S. 95. Dagegen Staub. Vgl. §. 154 Gew.-Odg.), kaufmännische (im Gegensatz zu litterarischen) Gehilfen des Verlegers (K.G. Berlin in Z.f.H. Bd. 42 S. 513), ein als „Arbeitsmann" bezeichneter Gehilfe, welchem die Aufsicht über den Speicher, die Ablieferung der dort gelagerten Ware an die Empfänger und die Buchführung hierüber anvertraut war (R.O.H. XVIII, 232). Sind mit den wesentlich kaufmännischen Dienstleistungen nebenbei gewisse technische Arbeiten, z. B. behufs der Erhaltung leicht verderblicher Waren, verbunden, so verliert hierdurch der Angestellte nicht die Eigenschaft als Handlungsgehilfe (Denkschr. 55). Unerheblich ist, ob die Dienste in reiner Handarbeit bestehen, oder ob der Gehilfe zum Abschluß von Rechtsgeschäften für den Unternehmer ermächtigt ist (Z.f.H. Bd. 42 S. 513). Wohl zu Unrecht zählt (durch Bezugnahme auf Art. 2 des Einf.-Ges. z. A.D.H.) Str. Bd. 70 S. 133 den selbständigen Führer eines Schiffes zu den Handlungsgehilfen. Leistet dieselbe Person zum Teil kaufmännische, zum Teil andere Dienste, so ist entscheidend für die Beurteilung ihres Dienstverhältnisses ihre hauptsächliche Beschäftigung (K.B. 47).

d. **Kaufmännische Dienste.** Nicht hierunter fällt die Thätigkeit der gesetzlichen Vertreter des Gewerbetreibenden, selbst wenn jene Vertreter für Übernahme der Vertretung ein Entgelt erhalten; sie sind nicht Gehilfen neben dem Unternehmer, sondern Vertreter an Stelle des Unternehmers. Nicht Handlungsgehilfen sind daher z. B. die Vorsteher einer A.G. (R.O.H. XIII, 181, XXI, 375); die Vorschriften über Handlungsgehilfen sind auf dieselben auch nicht einmal entsprechend anwendbar (R.G. VII, 77); vielmehr kommen die allgemeinen Bestimmungen des B.G. mit den Maßgaben in §§. 231 ff. H.G.B. zur Anwendung. Das R.O.H. XIX, 59 läßt dahingestellt, ob nicht unter Umständen die Eigenschaften als Vorsteher und als Handlungsgehilfe in derselben Person selbständig nebeneinander bestehen können.

e. **Gegen Entgelt.** Nicht Handlungsgehilfe ist daher der Volontär. Soweit Vertragsfreiheit besteht gelten aber für den Volontär entsprechende Bestimmungen kraft Vertrages.

f. **Angestellt.** Handlungsgehilfe ist nur wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt ist, sei es nun auf längere (unbestimmte oder bestimmte) Zeit, oder nur zu vorübergehender Aushilfe (§. 69); nicht Handlungsgehilfe ist jedoch wer (sei er zu anderen Diensten angestellt, wie das Dienstmädchen, welches nebenher im Laden hilft, oder gar nicht angestellt sondern nur freiwillig, wenn auch gegen Entgelt, mitwirkend, wie mitunter Familienangehörige) nur gelegentlich in dem Betrieb eines Handelsgewerbes beschäftigt wird (K.B. 47). In dem Begriff der „Anstellung" liegt ein Hinweis auf die Absicht zur Begründung eines festen, auf die Dienstleistung gerichteten Vertragsverhältnisses. Daß dies Dienstverhältnis ein für längere Zeit bestehendes, ein dauerndes sei (so R.G. XXXVII, 226 mit Bezug auf die „Anstellung" von Gemeindebeamten), ist nicht unbedingt erforderlich (vgl. §. 69).

II. **Besondere Arten der Handlungsgehilfen.**

a. **Handlungsreisende.** Über die Stellung der Handlungsreisenden nach außen, den Umfang ihrer Vollmacht, bestimmt §. 55. Ihre Stellung nach innen ist nicht besonders geregelt. In der Regel werden sie Handlungsgehilfen sein; es kommen jedoch auch andere Verhältnisse vor; häufig sind sie Handlungsagenten (§. 87). Die Gebräuche in den einzelnen Handelsplätzen sind verschieden hin-

sichtlich der Frage, ob ein als Handlungsgehilfe angestellter Handlungsreisender im Zweifel nur zur Leistung solcher Dienste verbunden ist, die seine Reisen betreffen, oder ob er in der Zeit zwischen seinen Reisen auch Komptoirdienste zu verrichten hat (Denkschr. 55). Im Entw. I §. 54 Abs. 2 war eine Vermutung für die erstere Vertragsabsicht aufgestellt. Für die letztere Vertragsabsicht, mindestens dann, wenn der Reisende neben Reisespesen festes Gehalt bezieht, H. Makower, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 14. Vgl. auch K.B. 22. Auf die Pflicht des reisenden Handlungsgehilfen zur Erstattung von Nachrichten an den Geschäftsherrn ist §. 84 Abs. 2 entsprechend anwendbar. Er haftet dem Geschäftsherrn für den Schaden, welchen er ihm durch verzögerte, unvollständige oder unrichtige Mitteilungen über die von ihm mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte gemacht hat (§. 286 B.G.; vgl. R.O.H. XI, 93).

Über die Verteilung der Beweislast bei Streit über die Höhe der verbrauchten **Reisespesen** s. R.O.H. XIX, 10. Ob die Reisespesen nur eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für Auslagen sind, oder ob in ihnen zugleich ein Teil der Gegenleistung oder die ganze Gegenleistung für die bedungenen Dienste steckt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Ändert der Reisende eigenmächtig den vereinbarten Reiseweg, so wird der Geschäftsherr in der Regel dann nicht von der Pflicht zur Zahlung der künftigen Reisespesen befreit, wenn er trotz Kenntnis des Umstandes stillschweigt (Bolze Bd. 16 Nr. 354). Wird der Reisende vertragswidrig von Reisen zurückgehalten, so liegt unter Umständen eine Schädigung darin, daß er nun seinen Lebensunterhalt nicht aus den Spesen bestreiten kann (O.L.G. Dresden v. 30. April 1896 Z.f.H. Bd. 46 S. 485).

b. **Handlungsgehilfe mit Anteil am Reingewinn des Gewerbes oder eines Gewerbezweiges** (Tantiemeberechtigter, commis intéressé). Der so angestellte Handlungsgehilfe erhält hierdurch keinen Einfluß auf die Leitung des Geschäfts. Der Unternehmer leitet den Geschäftsbetrieb und ist dem Handlungsgehilfen in dieser Beziehung keinerlei Rechenschaft schuldig. Der Handlungsgehilfe kann nicht geltend machen, daß durch unrichtige Leitung der zu erzielende Gewinn verringert sei. Er hat nur ein Recht auf einen Teil desjenigen, was sich thatsächlich als Geschäftsgewinn herausstellt (R.O.H. I, 194, XVII, 276). Der in einem Rechnungsabschnitt erzielte Gewinnanteil verbleibt ihm trotz eintretender Verluste in folgenden Rechnungsabschnitten (R.O.H. VI, 28). Als Geschäftsunkosten können ihm gegenüber nicht angerechnet werden die Beträge, welche ein Inhaber einem anderen Inhaber oder einer anderen am Gewinn beteiligten Person behufs deren Abfindung zahlt (Bolze Bd. 19 Nr. 33). Er hat in dem für Nachprüfung der Richtigkeit der Gewinnberechnung erforderlichen Umfange (R.G. vom 5. Mai 1894 in J.W. 1894 S. 317) ein Recht auf Einsicht der Bilanz und auf Prüfung derselben auf ihre Übereinstimmung mit den Büchern, Papieren u. s. w., nicht aber auf Entnahme von Notizen, außer soweit dies bei vorgefundenen Unordnungen oder wegen des besonders großen Geschäftsumfangs notwendig für jene Prüfung sein sollte (R.O.H. I, 195), ebensowenig auf Vorlegung der Beläge für die einzelnen Ansätze (R.O.H. XVIII, 2) oder Vorlegung der Bücher zum Zweck eigener Anfertigung einer Bilanz (R.O.H. XVII, 276), wohl aber das Recht auf Auskunftserteilung über die aus dem Vorgelegten nicht ersichtlichen, aber erheblichen Thatsachen (R.O.H. XVIII, 2). Nach R.O.H. XVII, 276 ist ein solches Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen, soweit die Beteiligung des letzteren am Gewinne in Frage kommt, nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts über Gesellschaft zu beurteilen; dies ist jedoch nicht als zutreffend anzuerkennen, denn bei der Gesellschaft ist von dem Grundsatz der Gleichstellung der Beteiligten auszugehen, während hier ein Verhältnis des Vorgesetzten zum Unter-

gebenen besteht, wobei nur die Form des Entgelts eigenartig bestimmt ist; der Gewinn gehört hier nicht beiden gemeinsam, sondern nur dem Geschäftsherrn, und der Gehilfe hat nur ein nach Bruchteilen jenes Gewinns bestimmtes Forderungsrecht an den Geschäftsherrn. Endet das Dienstverhältnis im Laufe des Geschäftsjahrs, so kann der Gehilfe in der Regel nach Abschluß der nächsten Bilanz seinen Gewinnanteil für die Dienstzeit anteilig fordern (O.L.G. Köln v. 6. März 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 486); die Vertragsabsicht kann jedoch auch eine andere sein (R.O.H. XIX, 122).

III. **Dienstleistungen und Vergütung.** Die Vergütung kann in sehr verschiedenen Formen gewährt werden. Meist besteht sie in einem festen Gehalt; zu letzterem tritt mitunter ein Gewinnanteil, mitunter eine Provision von den einzelnen Geschäften, bei deren Abschluß oder Ausführung der Gehilfe in bestimmter Weise beteiligt war (näheres §. 65). Auch kann der Entgelt nur in einer Provision bestehen (dann kommen §. 88, 91 für Berechnung und Abrechnung entsprechend zur Anwendung) und der Handlungsgehilfe sogar Bürgschaft bezüglich der durch ihn abgeschlossenen Geschäfte (Delkredere) übernehmen; doch ist diese Gestaltung bei Handlungsgehilfen selten. Der Ortsgebrauch (d. h. die thatsächliche Übung an dem betreffenden Ort K.B. 21) entscheidet in Ermangelung einer Vereinbarung nicht bloß über die Höhe des Gehalts, sondern auch über die Zeitdauer, für welche der Anspruch als begründet zu erachten ist (Str. Bd. 70, S. 134). Der Handlungsgehilfe hat an den Gegenständen des Geschäftsherrn (ebenso der Reisende an den Mustern, Kundenbüchern u. s. w.) kein Zurückbehaltungsrecht auf Grund des §. 1000 B.G. (§. 855 B.G. Denkschr. 56); vgl. jedoch B.G. §. 273. Auch nicht auf Grund des §. 369 H.G.B., denn der Handlungsgehilfe ist als solcher nicht Kaufmann (§. 1 Anm. II E), und das von ihm für den Geschäftsherrn abgeschlossene Geschäft ist für den Gehilfen kein Handelsgeschäft (§. 343 H.G.B., R.O.H. XVI, 82).

IV. **Anstellungsvertrag ist Handelsgeschäft.** Verträge eines Kaufmanns über Anstellung von Handlungsgehilfen oder Lehrlingen oder der im §. 83 erwähnten Hilfspersonen sind Handelsgeschäfte. (§. 343 H.G.B. Für Handlungsgehilfen Str. Bd. 63 S. 365, Bd. 66 S. 238, Bd. 74 S. 206, R.O.H. XI, 57 gegen Str. Bd. 63 S. 1. Für einen selbständigen Kaufmann als Kassierer im Nebenamt, in diesem Fall beiderseitiges Handelsgeschäft, R.O.H. VI, 197. Für Handlungslehrlinge Str. Bd. 70 S. 264, R.O.H. XIV, 19. Für Techniker Str. Bd. 63 S. 365, R.O.H. XI, 388, R.G. XXXVIII, 117.)

V. **Fortdauer des Dienstvertrages bei Wechsel des Geschäftsherrn** s. §. 25 Anm. V.

Verbot eigenen Handels.

§. 60.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als ertheilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

A.D.H. Art. 59, 56 Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 55. **Entw. II** §. 59.

§. 60.

I. **Verbot.** Das Verbot des Betriebes eines Handelsgewerbes gilt ohne Beschränkung auf den Handelszweig des Geschäftsherrn, einzelne Geschäfte (welche in der Regel nicht Handelsgeschäfte im Sinne des §. 343 sein werden) fallen (im Gegensatz zu dem bisherigen Art. 59 A.D.H.) nur mit jener Beschränkung unter §. 60, 61. Davon unabhängig ist die Frage, ob solche einzelnen Geschäfte (z. B. Differenzgeschäfte) einen

wichtigen Grund zur Entlassung gemäß §. 70 bilden können. Das Verbot bezieht sich sowohl auf ein Abschließen oder Betreiben in eigenem wie fremdem Namen. Das Verbot besteht nicht mehr nachdem das Dienstverhältnis rechtlich (nicht schon nachdem es nur thatsächlich; vgl. R.O.H. XVI, 170 auf Grund des bisherigen preußischen Rechts) sein Ende erreicht hat. Es bezieht sich auch nicht auf Vorbereitungshandlungen für den demnächst nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden selbständigen Geschäftsbetrieb (z. B. Miete eines Ladens, Anstellung von Gehilfen, Abschluß von Einkaufsverträgen zur Vorbereitung des nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden Verkaufs. Vgl. §. 1 Anm. III A d).

II. **Einwilligung.** Jede Einwilligung des Geschäftsherrn hebt das Verbot auf; §. 60 Abs. 2 hebt nur einen besonderen Fall beispielsweise hervor. Der Abs. 2 bezieht sich nur auf den Fall des Betriebes eines Handelsgewerbes; bei ihm sind in der Regel dauernde, nicht ohne Verlust zu beseitigende Anstalten vorhanden (§. 1 Anm. III Aa). Er ist nicht entsprechend auf den Fall des Abschließens einzelner Geschäfte anwendbar, denn in letzterem Falle mußte der Geschäftsherr annehmen, daß der Handlungsgehilfe das Abschließen künftig unterlassen werde.

§. 61.

Wirkung der Übertretung des Verbots.

Verletzt der Handlungsgehülfe die ihm nach §. 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntniß von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

A.D.H. Art. 59, 56 Abs. 3. **Entw. I** §. 56. **Entw. II** §. 60.

§. 61.

I. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Der Geschäftsherr kann nur wählend (nicht häufend) das Recht auf Schadensersatz oder das Eintrittsrecht geltend machen, dagegen zugleich mit jedem jener beiden Rechte wahlweise auch das Recht zur sofortigen Entlassung des Handlungsgehilfen (§. 72 Ziff. 1) oder das Recht der Erzwingung des Anspruchs auf künftige Unterlassung der Zuwiderhandlung (ebenso für das ältere Recht R.O.H. XIX, 138). Das R.O.H. XIX, 115 nahm trotz der noch strengeren Fassung der früheren Art. 59, 64 Ziff. 2 A.D.H. an, daß für die Frage der Zulässigkeit der Entlassung der Umfang des verbotenen Handels und die Zeit, welche er in Anspruch nehme, entscheidend sei.

II. **Das Eintrittsrecht** steht dem Geschäftsherrn nur gegenüber dem Handlungsgehilfen zu („daß der Handlungsgehilfe u. s. w."); der Geschäftsherr tritt in keine unmittelbare Beziehung zu dem Dritten, er kann nur gegenüber dem Handlungsgehilfen fordern, daß dieser ihm die Rechte an den Dritten abtritt (bei der Fassung des bisherigen Art. 56 A.D.H. sollte dies dahingestellt bleiben. P. 87). Daher bleiben dem Dritten gegenüber die Geschäfte giltig. Die Pflicht zur Herausgabe der bezogenen Vergütung (worunter jede Art des Gewinnes zu verstehen ist) bei Geschäften

für fremde Rechnung ist ausdrücklich im Gesetz vermerkt, weil sie mit Rücksicht auf die Fassung des bisherigen Art. 56 A.D.H. meistens nicht (R.G. VIII, 49) als vorhanden angesehen wurde. Der Ausführung des R.G. VIII, 49, daß das Verdienen einer Provision gelegentlich eines Abschlusses für fremde Rechnung kein Geschäft für eigene Rechnung sei, ist nicht beizutreten (Hahn, Anm. 9 zu Art. 56; Staub Art. 56 §. 5).

III. **Die Verjährung** unterliegt den Bestimmungen des B.G. §. 198 ff.

§. 62.

Rücksichtnahme auf Gesundheit u. s. w. des Handlungsgehilfen.

Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Geräthschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehülfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§. 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

A.D.H. — **Entw. I** §. 57. **Entw. II** §. 61.

§. 62.

Der §. 62 ist fast wörtlich entlehnt aus §§. 618, 619 B.G., welche ihrerseits auf §§. 120 a, 120 b Abs. 1 Gewerbeordnung zurückgehen. Eine Gefährdung der Gesundheit kann, wie in der Kommission einstimmig anerkannt wurde (K.B. 25), auch in der Verweigerung einer Gelegenheit für ein zeitweiliges Sichniedersetzen gefunden werden. Die Worte „und die Arbeitszeit“ wurden durch die Kommission hinzugefügt, um den Geschäftsherrn in dieser besonderen Beziehung auf die Bestimmung des §. 157 B.G. hinzuweisen: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Ein Antrag auf Einführung eines Meistarbeitstages wurde abgelehnt (K.B. 23). Die strengeren Anforderungen des Abs. 2 gelten nur für den Fall der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft. Eine gegenteilige Vereinbarung, soweit sie sich auf die Folgezeit bezieht („nicht im voraus“), ist nichtig („können nicht“ K.B. 25). Wer gegenüber einem Lehrling die Pflichten aus §. 62 Abs. 1 und 2 in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, ist strafbar nach §. 82. Der Handlungsgehilfe erhält durch Weigerung der Erfüllung einen Grund zur sofortigen Vertragsaufhebung (§. 71 Ziff. 3). Nach Staub, Suppl. Anm. 3 ist „Religion“ als „eigenes religiöses Bedürfnis des betreffenden Handlungsgehilfen“, nicht etwa als „allgemeine Vorschriften eines bestimmten Glaubensverbandes“ auszulegen.

§. 63.

Dienstbehinderung durch unverschuldetes Unglück.

Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Der Handlungsgehülfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.

A.D.H. Art. 60. **Entw. I** §. 58. **Entw. II** §. 62.

§. 63.

I. **Unverschuldetes Unglück.** Da der dem §. 63 entsprechende bisherige Art. 60 A.D.H. die einzige Vorschrift war, welche dem Handlungsgehilfen den Fortbezug des Gehalts während Behinderung der Dienstleistung zusicherte, so neigte man (z. B. Staub) zu einer weiten Ausdehnung des Begriffs „Unglück". Hierzu ist jetzt kein Anlaß mehr, denn für andere Fälle unverschuldeter Behinderung bestimmt B.G. §. 616: „Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt." Unter „Unglück" im §. 63 wird man daher nur einen Vorfall zu verstehen haben, welcher dem Handlungsgehilfen einen erheblicheren Schaden oder Schmerz irgend welcher Art bringt, namentlich eigene Erkrankungen, unverschuldete Untersuchungshaft, nach Staub Suppl. Anm. 1 auch Krankheit der Angehörigen. Anträge auf ausdrückliche Gleichstellung militärischer Übungen, insbesondere soweit solche erzwungen und nicht etwa nur freiwillig behufs Vorrückens im Range erfolgen, wurden in der Kommission abgelehnt, weil man in dieser Beziehung nicht über den §. 616 B.G. hinausgehen wollte (K.B. 27).

II. **Verhinderung.** Der Anspruch besteht (im Gegensatz zum bisherigen A.D.H.) auch dann, wenn sich von vornherein erkennen läßt, daß die Verhinderung eine dauernde, keine innerhalb sechs Wochen vorübergehende, sein wird (Denkschr. 57).

III. **Gehalt und Unterhalt.** Unter diesen Worten sind alle vertragsmäßigen Leistungen des Geschäftsherrn zu verstehen (P. 101. Vgl. §. 64 Anm.); also auch ein etwa vereinbarter Anteil am Reingewinn. Ob Provision fortzugewähren ist oder nicht, hängt davon ab, ob dieselbe durch frühere Handlungen des Gehilfen begründet ist (z. B. Provision von allen, auch nicht vermittelten Geschäften früher erworbener Kunden) oder nur von jedesmaligen neuen Abschlüssen gewährt wird. — Der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt ist der Vertragsanspruch, nicht ein Entschädigungsanspruch. (Dagegen Staub). Im Falle des H.G.B. §. 63 können nicht einmal etwaige von dem Gehilfen bezogene Kranken- oder Unfallversicherungsbeträge, im Falle des B.G. §. 616 nur diese, nicht aber andere etwa gleichzeitig bezogene Beträge (z. B. Soldatenlöhnung oder Reserveoffiziergehalt bei Übungen) dem Gehilfen vom Gehalt abgezogen werden. Nur der Abs. 2, nicht auch der Abs. 1 ist unabänderbar durch Vertrag (K.B. 31).

Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen und handelt es sich um ein dauerndes Dienstverhältnis, so kommt außerdem zur Anwendung B.G. §. 617:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in

die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach §. 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

IV. **Nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.** Bei Berechnung der Frist kommen zur Anwendung B.G. §. 187 Abs. 1: „Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt." §. 188 Abs. 2: „Eine Frist, die nach Wochen ... bestimmt ist, endigt im Falle des §. 187 Abs. 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche ...., welcher durch seine Benennung .... dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, ..." — Da der Anspruch des Gehilfen nur ein vertraglicher ist, so endet er schon vor dem sechswöchentlichen Zeitraum wenn der Vertrag schon früher (durch Zeitablauf, regelmäßige oder vorzeitige Kündigung) sein Ende erreicht. Erfolgt jedoch seitens des Geschäftsherrn eine vorzeitige Kündigung gerade wegen der Behinderung des Gehilfen durch unverschuldetes Unglück, so bleibt hierdurch nach besonderer Bestimmung (§. 72 Abs. 2) der Anspruch aus §. 63 für die ganzen sechs Wochen unberührt.

Gehaltszahlung am Monatsschluß. §. 64.

Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 63.

§. 64.

Im §. 64 (und allen anderen neu eingefügten Vorschriften, z. B. §. 68 Abs. 1; anders in den aus dem bisherigen A.D.H. herrührenden §. 63 und §. 71 Ziff 2) muß „Gehalt" eng ausgelegt werden als die vereinbarte feste Gegenleistung im Gegensatz zu Gewinnanteilen, Provisionen und dergleichen schwankenden Vergütungen. Sonst wäre die gesetzliche Vorschrift unausführbar. Bezüglich der Provision vgl. §. 65, §. 88 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4. Bezüglich aller Vergütungen außer dem festen Gehalt kommt zur Anwendung B.G. §. 614: „Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten." Eine Vereinbarung, daß die Gehaltszahlung früher als am Monatsschluß erfolgen solle, ist zulässig. Nach K.B. 32 erachtete die Reichstagskommission, welche die Nichtigkeitsklausel einfügte, als selbstverständlich, daß der Handlungsgehilfe hierdurch nicht gehindert sei, sein Guthaben bei dem Geschäftsherrn, dessen Einverständnis vorausgesetzt, stehen zu lassen. Die Klausel ist daher dahin auszulegen, daß gegenteilige Abreden nur soweit sie die Folgezeit betreffen nichtig sein sollen. (Dagegen Staub, Suppl. Anm. 3). Das Gesetz verlangt nicht bare Zahlung des Gehalts;

Aufrechnungen, Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w. sind daher durch §. 64 nicht verboten (Staub, Suppl. Anm. 4).

§. 65.

Provisionsberechtigter Handlungsgehilfe.

Ist bedungen, daß der Handlungsgehülfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so finden die für die Handlungsagenten geltenden Vorschriften des §. 88 und des §. 91 Satz 1 Anwendung.

A.D.H. — **Entw.** I §. 59. **Entw.** II §. 64.

§. 65.

Die besonderen Bestimmungen über den Provisionsanspruch derjenigen Handlungsagenten, welche für einen bestimmten Bezirk bestellt sind und die im Gesetz für diesen Fall aufgestellte **Vermutung** (§. 89, §. 91 Satz 2) sind nicht für anwendbar auf den Fall des Handlungsgehilfen erklärt; es ist vielmehr nach der Vertragsabsicht im einzelnen Falle zu entscheiden, ob die Anweisung des bestimmten Bezirks nur den Geschäftskreis des Handlungsgehilfen begrenzen oder ihm ein Recht auf Provision für alle Geschäfte dieses Bezirks gewähren soll (Denkschr. 59). Ist letzteres die Absicht, so ist auch §. 91 Satz 2 anwendbar; nicht auch (dagegen Denkschr. 59) §. 89; in wieweit die in §. 89 getroffene Regelung gewollt war, ist vielmehr selbständig zu prüfen. — Über die Rechte des vom provisionsberechtigten Handlungsgehilfen zu unterscheidenden Handlungsgehilfen mit Gewinnanteil s. §. 59 Anm. II b.

§. 66.

Gesetzliche Kündigungsfrist.

Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

A.D.H. Art. 61 Abs. 1. **Entw.** I §. 60. **Entw.** II §. 65.

§. 66.

I. **Unbestimmte Zeit.** Der §. 66 (und ebenso die §§. 67—69 mit Ausnahme des Falles in §. 67 Abs. 3) beziehen sich nur auf ein Dienstverhältnis, welches auf unbestimmte Zeit eingegangen wird. Daneben bleibt es statthaft, den Dienstvertrag nur für eine **fest bestimmte Zeit** abzuschließen, in welchem Falle das Verhältnis mit dem Ablauf des betreffenden Zeitraums ohne weiteres endigt (Denkschr. 61). Gleichgiltig ist, ob die bestimmte Zeitdauer ausdrücklich unter Bezugnahme auf bestimmte Zeiteinteilungen angegeben oder aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist (B.G. §. 620). Wird ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis nach Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht (B.G. §. 625). Die **Anstellung zur Probe** ist (wenn sie nicht ausdrücklich auf bestimmte Zeit erfolgt ist) eine Anstellung auf unbestimmte Zeit, zwar keine unbedingte (so Staub), aber eine nur auflösend bedingte. Da für die Anstellung zur Probe keine Ausnahme von den gesetzlichen Vorschriften gemacht werden sollte (Denkschr. 61), so ist auch bei ihr eine Kündigung erforderlich (welche jedoch in der endgiltigen Erklärung liegt, daß die auflösende Bedingung des Nichtgefallens oder Nichtgenügens eingetreten sei). Auch wird man im Zweifel annehmen müssen, daß eine Anstellung zur Probe die Vertragsbedingung einschließt, daß eine Kündigung in der gesetzlich zulässigen kürzesten Frist solle erfolgen dürfen, daß mithin (§. 67) eine Kündigung mit einmonatlicher Frist zum Schluß des Monats zulässig sein solle. Anderenfalls würde die Erklärung, daß die Anstellung nur

zur Probe erfolge gar keine rechtliche Wirkung haben. Der §. 69 findet auf eine Anstellung zur Probe keine Anwendung (K.B. 33).

II. **Kündigung.** Für die Form, in welcher die Kündigung abzugeben ist, und für die Zeit, wann sie wirksam wird, sind §§. 130—132 B.G. entscheidend. Hiernach wird eine Kündigung, welche gegenüber einem Abwesenden erfolgt, erst in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Eine bedingte Kündigung braucht von keinem beider Teile als Kündigung zugelassen zu werden (R.O.H. IV, 343). Will der Empfänger sie aber nicht gelten lassen, so muß er dies ohne schuldhaftes Zögern erklären. Beruhigt er sich bei der bedingten Kündigung, so ist dieselbe maßgebend, da nach der Verkehrssitte die Annahme nicht erklärt zu werden braucht (§. 151 B.G.). Die Annahme der bedingten Kündigung enthält aber den Abschluß eines neuen Vertrages über die Kündigungsfrist, welcher daher, um giltig zu sein, den Bedingungen der §§. 67—69 entsprechen muß; und zwar steht — entsprechend dem gesetzgeberischen Grunde, daß der andere Teil sich rechtzeitig für die Zukunft muß einrichten können — der Eintritt der Bedingung dem Eintritt der (unbedingten) Kündigung im Sinne der §§. 67 ff. gleich, muß also, um als rechtzeitige Kündigung zu wirken, nicht weniger als einen Monat vor Ablauf der Vertragszeit erfolgen. Eine vorzeitige Kündigung (auch eine solche unter der Annahme, daß Kündigung ohne Frist zulässig sei) wirkt in der Regel als Kündigung zum nächsten zulässigen Zeitpunkt. Keine vorzeitige Kündigung und zulässig (O.L.G. Hamburg v. 28. Nov. 1891 in Z.f.H. Bd. 40 S. 452) ist die Kündigung vor Beginn des Dienstverhältnisses; nur muß ein Zeitraum zwischen Beginn und Endigung des Dienstverhältnisses übrig bleiben, es kann also nicht auf Grund der Kündigung verlangt werden, daß das Dienstverhältnis schon in dem Augenblick endige, zu welchem es beginnen sollte.

III. **Kündigungsfrist.** Da eine Frist von sechs Wochen eingehalten werden muß, so muß spätestens am 43sten Tage vor Ablauf des Kalendervierteljahres gekündigt werden.

IV. **Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes.** B.G. §. 629 bestimmt: „Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gegewähren."

Vertragliche Kündigungsfrist.

§. 67.

Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Theile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältniß für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

A.D.H. — **Entw. I** §. 61. **Entw. II** §. 66.

§. 67.

I. **Kündigungsfrist.** Die Vorschriften des §. 67 sind neu hinzugefügt. Die Vereinbarung über Änderung der gesetzlichen Kündigungsfrist kann auf dem ursprünglichen Vertrage oder einer späteren Änderung desselben beruhen (Str. Bd. 56 S. 36). Auch die Vereinbarung, daß Kündigung ohne Frist zulässig sein solle, ist ein Bedingen einer „kürzeren

Kündigungsfrist" im Sinn des §. 67. Dagegen fällt unter den §. 67 nicht eine Anstellung unter auflösender, nicht in den Willen des Vertragsgegners gestellter Bedingung.

II. **Nichtigkeit zuwiderlaufender Vereinbarungen.** Die Bestimmung des Abs. 4, daß eine zuwiderlaufende Vereinbarung nichtig sei, bezieht sich nur auf die Nebenabrede über die Kündigungsfrist, aber auf die drei Absätze 1—3. Ist eine hiernach nichtige Nebenabrede getroffen, so kommt zur Anwendung B.G. § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Im Falle der Schließung eines Dienstvertrages mit nichtigen Kündigungsbestimmungen wird man in der Regel annehmen können, daß der Vertragsschluß allenfalls auch ohne besondere Kündigungsbestimmungen erfolgt wäre, mithin der Vertrag bestehen bleibt und bezüglich der Kündigungsbestimmungen die Regel des §. 66 Platz greift. Die Fassung des §. 67 Abs. 4 ist zwar eine derartige, daß damit an sich auch abweichende, dem Gehilfen günstigere Vertragsbestimmungen für nichtig erklärt werden; indessen ist wohl anzunehmen (dagegen Staub, Suppl. Anm. 5), daß dies nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach (vgl. R.G. XXXVIII, 27), und daher muß die Bestimmung nach dieser Richtung einschränkend ausgelegt werden.

§. 68.

Hohes Gehalt. Außereuropäische Niederlassung.

Die Vorschriften des §. 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe einen Gehalt von mindestens fünftausend Mark für das Jahr bezieht.

Sie bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältniß kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 67.

§. 68.

I. **Gehalt.** Gemeint ist nur festes Gehalt (§. 64 Anm.) ohne Berücksichtigung etwaiger Nebenbezüge (ebenso Staub, Suppl. Anm. 1).

II. **Anstellung für eine außereuropäische Handelsniederlassung.** Die Ausnahme ist schon zugelassen, wenn der Geschäftsherr mindestens für den Fall einer durch ihn erfolgenden Kündigung die Kosten der Rückreise zu tragen hat. Dies muß vertraglich („nach dem Vertrage") bedungen sein; ein nachträgliches Erbieten des Geschäftsherrn genügt nicht. Der Gesetzgeber hat zunächst nur den Fall im Auge, wenn der Vertrag im Inlande geschlossen ist und der Gehilfe sich zu dieser Zeit gleichfalls im Inlande befindet. Unter Umständen kann jedoch auch, wenn jene Voraussetzungen oder eine von ihnen nicht vorliegen, ein solcher Vertrag nach deutschem Recht zu beurteilen sein. Man denke z. B. an die Verhältnisse der deutschen Kolonieen. In solchen Fällen wird unter Rückreise sowohl eine Rückreise nach Deutschland wie eine Rückreise an den Aufenthaltsort des Gehilfen zur Zeit der Anstellung zu verstehen sein, und die ganze Vorschrift wird nur anzuwenden sein, wenn die übernommenen Kosten verhältnismäßig erhebliche sind.

§. 69.

Handlungsgehilfe zu vorübergehender Aushilfe.

Wird ein Handlungsgehülfe nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen, so finden die Vorschriften des §. 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das

Dienstverhältniß über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Theile gleich sein.

A.D.H. — **Entw. I** §. 62. **Entw. II** §. 68.

§. 69.

Unter §. 69 fällt nicht eine Anstellung zur Probe. Über diese s. §. 66 Anm. 1.

Fristlose Kündigung. §. 70.

Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

A.D.H. Art. 62. **Entw. I** §. 63. **Entw. II** §. 69.

§. 70.

I. **Wichtiger Grund.** Die Bestimmung des §. 70 Abs. 1 ist auch in das B.G. § 626 aufgenommen. Was als wichtiger Grund anzusehen, ist nicht näher bestimmt und daher nach den Umständen des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung der Gesamtheit aller vielleicht als einzelne nicht ausreichenden Thatsachen (R.O.H. XIX, 115) zu entscheiden. Die §§. 71 und 72 geben nur Anhaltspunkte, nur Beispiele (R.O.H. VI, 214, X, 185, XIX, 114), bestimmen aber nicht (§. 628 B.G., §. 70 Abs. 2, §. 71 Ziff. 1, §. 72 Ziff. 3 H.G.B.), daß nur ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles in Betracht kommen soll (R.O.H. XXI, 253, R.G. XXXVIII, 27); auch braucht der Grund nicht notwendig in der Person desjenigen, welchem gekündigt werden soll, entstanden zu sein (vgl. §. 71 Ziff. 1). Werden vertraglich im voraus bestimmte Gründe als Auflösungsgründe vereinbart, so kann entweder ein Dienstvertrag unter auflösender Bedingung vorliegen, welcher unbeschränkt zulässig ist (§. 67 Anm. I), oder es war nur beabsichtigt, die Zulässigkeit der Kündigung ohne Frist für bestimmte Fälle zu vereinbaren War letzteres beabsichtigt, so gilt die Kündigungsvereinbarung nur soweit die Gründe wirklich wichtige sind; anderenfalls greift §. 67 ein. — Die Kündigung ohne Frist ist zulässig, wenn nur ein wichtiger Grund vorliegt; es ist unerheblich, ob der Kündigende den Grund zur Zeit der Kündigung bereits kannte, oder ob er ihn erst nachträglich erfahren hat; es ist daher auch unerheblich, ob der Kündigende bei der Kündigung überhaupt Gründe für dieselbe, und ob er die wirklich wichtigen namhaft macht (R.O.H. XXI, 252; vorausgesetzt auch in R.G. XXXII, 250). Verziehene Vorgänge können später, falls eine neue Pflichtwidrigkeit sich ergiebt, dennoch zur Beurteilung des Gesamtverhaltens unter dem Gesichtspunkt eines wichtigen Entlassungsgrundes herangezogen werden (R.O.H. XVII, 222). Dagegen liegt in der Regel darin, daß von Kündigungsgründen trotz Kenntnis längere Zeit kein Gebrauch gemacht wird, ein Verzicht auf dies Recht oder doch der Ausdruck des Willens, daß das betreffende Vorkommnis für sich allein, ohne Hinzutritt etwaiger späterer Umstände, nicht als wichtiger Grund zur Kündigung gelten soll (R.G. XXXVIII, 116; dahingestellt R.O.H. XVII, 221). Ist jener wichtige Grund ein fortdauernder, so kann der Kündigungsberechtigte zwar seinen Willen, jenen Grund zu dulden, später ändern, muß jedoch dann zunächst den anderen, wenn es in dessen Macht liegt, auffordern, den Grund zu beseitigen (R.G. XXXVIII, 117). Beispiele wichtiger Gründe sind z. B. in der Person des Angestellten erheblichere Lässigkeit im Dienst, wiederholte Nichteinhaltung der Arbeitsstunden, dauernde Vernachlässigung der zu leistenden Arbeiten (auch soweit §. 72 Ziff. 2 nicht eingreift),

Mitteilung geheim zu haltender Thatsachen (z. B. Rentabilität des Geschäfts; O.L.G. Kassel v. 9. Febr. 1892 in Z.f.H. Bd. 42 S. 517) an Dritte, die Aufforderung an Dritte zur Begründung eines Geschäfts, welches mit demjenigen des Geschäftsherrn in Wettbewerb treten soll, widerrechtliche Zurückbehaltung von Gegenständen des Geschäftsherrn (für alles vorstehende R.O.H. XIX, 115), Zurückbehaltung erhobener Gelder in Aufrechnung mit erst künftig fälligem Gehalt (Str. Bd. 28 S. 208) oder sonst ohne gegründete Ursache, selbst wenn Untreue nicht streng erwiesen ist (R.O.H. IV, 402), Trunkenheit im Dienst (P. 102), unsittlicher Lebenswandel (ausdrücklich genannt in dem bisherigen Art. 64 Ziff. 6 A.D.H.; von dort nicht in den §. 72 H.G.B. ausdrücklich übernommen, weil die allgemeine Bestimmung des §. 70 genüge. K.B. 36, Sten. Ber. 60), Bestrafung wegen Glücksspiels (Z.f.H. Bd. 8 S. 172), Vornahme von Handlungen gegenüber anderen Angestellten, gegen welche der Geschäftsherr diese gemäß §. 71 Ziff. 4 zu schützen verpflichtet ist, jedoch nur in schweren oder wiederholten Fällen (da sonst §. 72 Ziff. 4 nicht so beschränkt hätte gefaßt werden dürfen), Aufgabe erdichteter Bestellungen (R.O.H. XXI, 394), Konkurs des Handlungsgehilfen, wenn letzterer eine höhere Stellung, z. B. als technischer Direktor einer Fabrik, einnimmt (R.O.H. XVIII, 29). — Der Fall des Konkurses des Geschäftsherrn ist besonders in der Konkursordnung v. 1877 §. 19 (für welchen eine andere Fassung in Aussicht genommen ist) geregelt (vgl. Denkschr. 73).

II. **Kündigung.** Vgl. §. 66 Anm. II. Verschieden von dem Falle der Kündigung des Vertrages ist der Fall des Verzichts auf die Thätigkeit des Gehilfen. Liegt ein Fall letzterer Art vor, so besteht der Dienstvertrag mit Rechten und Pflichten fort; es kann jedoch unter Umständen der Handlungsgehilfe gerade deshalb, weil er dadurch verhindert ist, eine andere Beschäftigung zu suchen, und weil er andererseits nicht müßig zu gehen braucht, einen wichtigen Grund erlangen, die Vertragsaufhebung zu fordern. — Zu unterscheiden von dem Fall der Kündigung auf Grund des §. 70 ist ferner auch der Fall der Erklärung des Nichtgebundenseins an den Vertrag wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, z. B. wegen Irrtums oder Täuschung, sowie des Rücktritts vom Vertrage wegen einer vom anderen Teil verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung. Hierfür bleiben die allgemeinen Bestimmungen (B.G. §. 116ff., §. 325) maßgebend. Als Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Person (§. 119 Abs. 2) wurde z. B. erachtet die Unkenntnis über die zerrüttete Vermögenslage eines Prokuristen, welchem die Leitung einer Zweigniederlassung mit erheblichen Vermögenswerten übertragen werden sollte (R.G. XII, 102), die Unkenntnis einer Vorbestrafung des Angestellten wegen Betruges (O.G. Braunschweig v. 8. Jan. 1858 Z.f.H. Bd. 8 S. 171).

III. **Folgen rechtmäßiger Kündigung.**

a. **Vergütung für die Zeit bis zur Endigung des Vertrages.** Hierüber bestimmt §. 628 Abs. 1 B.G.: „Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des §. 626 (gleichlautend mit H.G.B. §. 70 Abs. 1) . . . gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des §. 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten."

b. **Schadensersatz.** Der §. 70 Abs. 2 ist wörtlich gleichlautend mit §. 628 Abs. 2 B.G. Nur wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt ist, tritt die Schadensersatzpflicht des letzteren ein. Unter dem „veranlaßten" in Abs. 2 wird nichts anderes zu verstehen sein, als unter dem „vorliegen" in Abs. 1, und daher werden auch bei Anwendung des Abs. 2 nachträglich ermittelte Gründe mit in Betracht zu ziehen sein.

IV. **Folgen unrechtmäßiger Kündigung.**

a. **Anspruch auf Erfüllung des Vertrages.** Nach unrechtmäßiger Kündigung bleibt der Anspruch aus dem Vertrage bestehen, es tritt an die Stelle desselben zunächst nicht etwa ein Schadensersatzanspruch (O.L.G. Colmar v. 25. April 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 491: mithin pfändbar nur unter den Voraussetzungen der Pfändbarkeit einer Dienstlohnforderung). Da jedoch die unzulässige Kündigung zugleich eventuell als Kündigung zum nächsten nach Vertrag oder Gesetz zulässigen Zeitpunkt wirkt (§. 66 Anm. II), so besteht der Anspruch nur für die Zeit bis zur Vertragsendigung bei Kündigung zu jenem Zeitpunkt. Der Anspruch auf Erfüllung ist aber, soweit keine Vorleistungspflicht auf Seite des Gegners besteht, abhängig von der eigenen Erfüllung (B.G. §. 320 ff.). So muß der Handlungsgehilfe, welchem zu Unrecht gekündigt ist, fortfahren, seine Dienste zu leisten. Anders, wenn der Geschäftsherr ihm dies unmöglich macht, z. B. durch Untersagen des ferneren Betretens der Geschäftsräume oder durch die bestimmte Erklärung, daß er die Leistungen des Gehilfen ferner nicht entgegen nehmen wolle (R.O.H. II, 285). Dann wird der Gehilfe von der Verpflichtung zur Dienstleistung frei (B.G. §. 275 Abs. 1) und behält den Anspruch auf die Gegenleistung des Geschäftsherrn. „Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt" (B.G. §. 324 Abs. 1). Wer einen solchen anderweiten Erwerb oder dessen böswillige Unterlassung behauptet, muß die in Betracht kommenden Thatsachen näher darthun und beweisen (R.O.H. XVII, 221). Kommt der Gegner in Verzug, so kann ihm eine angemessene Frist bestimmt werden mit der Erklärung, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde. Nach fruchtlosem Ablauf ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, und es kann entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder vom Vertrage zurückgetreten werden (B.G. §. 326). Eine entsprechende Aufforderung ist zulässig nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Leistung; bei Nichtleistung innerhalb der Frist kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden (B.G. §. 283). Ferner bestimmt B.G. § 615: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

b. **Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzuges.** Hierfür ist maßgebend §. 286 B.G.:

„Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§. 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung."

Vgl. auch §. 280 B.G.

V. Über die **Folgen der Verpflichtung zum Schadensersatz** s. B.G. §§. 249 ff. Die Ent-

schädigung, das Erfüllungsinteresse, fällt zusammen mit der dem Gehilfen nach dem Vertrage zustehenden Gegenleistung (R.G. XXXVI, 53), so daß dem Gehilfen also in der Regel ein Anspruch auf Zahlung des Gehalts für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder für den Rest der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses zusteht (Denkschr. 61). — Der Geschäftsherr kann den Schaden anrechnen, den er durch Anstellung eines Handlungsgehilfen an Stelle eines in der Ausbildung bereits vorgeschrittenen Lehrlings (R.O.H. I, 33) oder den er durch Anstellung eines mit dem Geschäft noch nicht vertrauten an Stelle des abgehenden damit vertrauten Gehilfen (R.O.H. I, 40) gehabt hat.

§. 71.

Wichtige Kündigungsgründe des Handlungsgehülfen.

Als ein wichtiger Grund, der den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird;
2. wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;
3. wenn der Prinzipal den ihm nach §. 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert;
4. wenn sich der Prinzipal Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumuthungen gegen den Handlungsgehülfen zu Schulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehülfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

A.D.H. Art. 63. **Entw. I** §. 64. **Entw. II** §. 70.

§. 71.

I. Ziff. 1. **Unfähigkeit des Handlungsgehilfen zur Fortsetzung des Dienstes.** Das Wort „Unfähigkeit" deutet auf eine in der Person des Gehilfen eintretende Behinderung. Namentlich wird daher der Fall der Krankheit in Betracht kommen.

II. Ziff. 2. **Nichtgewährung von Gehalt oder Unterhalt.** Die Worte „Gehalt oder Unterhalt," welche aus Art. 63 A.D.H. übernommen sind, müssen ausdehnend als alle Gegenleistungen einschließend ausgelegt werden (Vgl. §. 63 Anm. III, §. 64 Anm.). Das „Nichtgewähren" braucht kein ausdrückliches Verweigern zu sein; andererseits muß, ein Nichtgewähren des als Ganzes aufgefaßten „Gehalts oder Unterhalts" vorliegen. Es genügt daher nicht Verzögerung in der Zahlung einer einzelnen Rate, wenn die Verzögerung auf Fahrlässigkeit oder Zufall (z. B. Ausbleiben einer erwarteten Geldsendung, Verlust des Kassenschlüssels; K.B. 35) beruht, wohl aber sowohl dauernde Verzögerungen in der Gehaltszahlung wie auch ausdrückliche Verweigerung einer Einzelrate aus Gründen, welche nicht nur diese Einzelrate sondern das Gehalt als Ganzes betreffen.

III. Ziff. 3. **Weigerung der Fürsorge für Gesundheit, gute Sitte, Anstand u. s. w.** Eine Verweigerung liegt nur vor, wenn der Gehilfe den Geschäftsherrn vergeblich um Abhilfe angegangen ist; dann genügt aber nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die stillschweigende, in thatsächlicher Nichtänderung der bemängelten Einrichtung liegende Weigerung (K.B. 34, Sten.Ber. 57).

IV. Ziff. 4. **Thätlichkeiten, Ehrverletzungen, unsittliche Zumutungen.** Jede Thätlichkeit; auch wenn sie nach St.G.B. nicht Körperverletzung, sondern thätliche Beleidigung

ist; wohl nur versehentlich wird in K.B. 34 die thätliche Beleidigung zu den Ehrverletzungen im Sinne des §. 71 Ziff. 4 gestellt; „Thätlichkeit“ ist weiter als die bisher in Art. 63 A.D.H. genannte „thätliche Mißhandlung“. Aber nur erhebliche Ehrverletzungen (wörtlich und symbolisch) durch den Geschäftsherrn geben einen Grund zu sofortiger Kündigung. Bei derartigen Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familiengliedes des Geschäftsherrn muß ein in der Verweigerung des Schutzes liegendes vertragswidriges Verhalten (K.B. 35) des Geschäftsherrn hinzukommen. Was unter „Verweigern“ zu verstehen, s. Anm. III. In besonderen Ausnahmefällen kann allerdings auch die Handlung eines anderen Angestellten oder Familiengliedes des Geschäftsherrn einen Grund abgeben, selbst bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des §. 71 Ziff. 4 sofort gemäß der allgemeinen Bestimmung des §. 70 zu kündigen (K.B. 35).

§. 72.

Wichtige Kündigungsgründe des Geschäftsherrn.

Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach §. 60 obliegende Verpflichtung verletzt;
2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
4. wenn er sich Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zu Schulden kommen läßt.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im §. 63 bezeichnete Anspruch des Gehülfen nicht berührt.

A.D.H. Art. 64. **Entw. I** §. 65. **Entw. II** §. 71.

§. 72.

I. Ziff. 1. **Untreue, Vertrauensmißbrauch, verbotene eigene Geschäfte.** Mit „Untreue“ ist nicht auf den Begriff des St.G.B. verwiesen. (O.L.G.Cassel v. 9. Febr. 1892 in Z.f.H. Bd. 42 S. 517.) Vertrauensmißbrauch ist z. B. ein Verbreiten ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse des Geschäftsherrn, selbst wenn sie wahr sind, oder der Verrat anderer Geschäftsgeheimnisse (a.a.O. und R.O.H. XIX, 115), Vorspiegelung von Krankheit, um einen Vergnügungsausflug zu machen, und Verleitung eines Lehrlings, dem Geschäftsherrn entsprechende falsche Angaben zu machen (H.G. Stuttgart v. 15. Febr. 1867 in Z.f.H. Bd. 21 S. 564), die bei bestehendem Wettbewerbsverbot unternommene Vorbereitung zur Gründung eines Wettbewerbsgeschäfts und der Versuch der Gewinnung eines Angestellten des Geschäftsherrn für dasselbe (R.G. v. 26. Sept. 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 491). — Über verbotene Geschäfte vgl. §. 61 Anm. I.

II. Ziff. 2. **Verlassen oder Weigerung des Dienstes.** Ein **Verlassen** des Dienstes ist Entlassungsgrund nur wenn es unbefugt und wenn es während einer den Um-

ständen nach erheblichen Zeit geschieht. Daß ein unbefugtes Verlassen vorlag, muß der Entlassende beweisen (R.O.H. VII, 263). Das „unbefugt" ist an die Stelle des „ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund" in Art. 64 A.D.H. getreten; der Sinn sollte wohl hierdurch nicht geändert werden. Befugt ist das Verlassen nicht nur in den Fällen des §. 63, sondern in allen Fällen, in denen der Gehilfe durch das Verlassen sich vor einem erheblich größeren Schaden bewahrt als dem Geschäftsherrn durch das Verlassen erwächst (entsprechend dem B.G. §. 228. So namentlich bei eigener, wenn auch verschuldeter Krankheit; vgl. jedoch Ziff. 3), ferner auch bei einem Widerstreit seiner Dienstpflicht mit anderen sittlichen oder öffentlich-rechtlichen Pflichten (z. B. der Sorge für die Familie, der Ausübung von Wahlrechten für staatliche oder kirchliche Körperschaften, der Zeugenpflicht, einer kürzeren militärischen Übung. Vgl. Staub). Auch in diesen Fällen ist jedoch das Verlassen als unbefugt zu erachten, wenn der Gehilfe nicht dafür sorgt, daß, soweit nach den Umständen möglich, der Geschäftsbetrieb ungestört bleibt, also wenn thunlich, rechtzeitig Urlaub nachsucht oder, wenn dies nicht angängig, ohne schuldhaftes Zögern dem Geschäftsherrn Kenntnis von dem Grunde und der voraussichtlichen Dauer seines Ausbleibens giebt. Ein Nichtarbeiten aus religiösen Gründen (soweit nicht etwa die Vorschriften der §§. 105a ff. Gewerbeordnung über Sonntagsruhe oder §. 62 Abs. 2 H.G.B. eingreifen) ist kein befugtes Verlassen des Dienstes, denn niemand kann verlangen, daß er außer den staatlich anerkannten Sonn- und Festtagen noch andere Ruhetage habe — es sei denn, daß er einen ausdrücklichen diesbezüglichen Vorbehalt bei der Vertragsschließung macht (dagegen Staub). Nach §. 629 B.G. hat nach einer Kündigung der Geschäftsherr dem Gehilfen auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren. Ein Antrag, die angemessene Zeit für Handlungsgehilfen auf täglich 2 Stunden festzusetzen, wurde abgelehnt, weil in den meisten Fällen dies zu viel sei, in anderen es nicht genüge (K.B. 37). — Ein **Weigern** der Erfüllung der Dienstpflichten ist Entlassungsgrund nur wenn es beharrlich ist. Über den Begriff des Weigerns s. §. 71 Anm. III. Beharrlichkeit kann unter Umständen bereits vorliegen, wenn in einem einzigen Fall trotz wiederholter Aufforderungen die Dienstleistung unterlassen ist.

III. Ziff. 3. **Andauernde Verhinderung der Dienstleistung.** Vgl. §. 72 Abs. 2 u. §. 63. Eine militärische Dienstleistung soll nur (Denkschr. 62), wenn sie acht Wochen übersteigt, einen Entlassungsgrund bilden. Als solche wird auch eine Einberufung zum Krieg (R.O.H. VIII, 155) anzusehen sein, da in diesem Falle zu vermuten ist, daß die Dienstleistung länger als acht Wochen dauert, und dem Geschäftsherrn nicht zuzumuten ist, daß er acht Wochen hindurch die Organisation seines Geschäfts in der Schwebe läßt. Unabhängig von der Frage der Entlassung ist die Frage, ob und wie lange die Vergütung anteilig für die versäumte Zeit weiterzuzahlen ist (§. 63).

IV. Ziff. 4. **Thätlichkeiten und Ehrverletzungen.** Über beides vgl. §. 71 Anm. IV. Auch hier sind erheblichere Ehrverletzungen erfordert; es genügt mithin nicht jedes unpassende Benehmen, zumal bei einer erstmaligen Ausschreitung (O.L.G. Hamburg v. 29. Okt. 1892 in Z.f.H. Bd. 42 S. 518). Unter „Vertreter" ist derjenige gemeint, welcher thatsächlich den betreffenden Teil des Betriebes leitet, gleichgiltig, ob er zur Vertretung des Geschäftsherrn bei Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigt ist oder nicht (vgl. K.B. 35).

V. Über **unsittlichen Lebenswandel** vgl. §. 70 Anm. I.

§. 73.

Zeugnis für den Handlungsgehilfen.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehülfe ein schriftliches Zeugniß über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das

Zeugniß ist auf Verlangen des Handlungsgehülfen auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen.

Auf Antrag des Handlungsgehülfen hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 66. **Entw. II** §. 72.

§. 73.

Der Abs. 1 entspricht dem §. 630 B.G. (Über das bisherige Recht R.G. XXXVI, 71.) Unter den Worten „**bei** der Beendigung des Dienstverhältnisses" ist verstanden, daß gelegentlich der Beendigung, also mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§. 157 B.G.) in der Regel schon vom Zeitpunkt der Kündigung an und auch nach der Endigung des Dienstverhältnisses (unter Umständen sogar geraume Zeit nachher), ein Zeugnis verlangt werden könne (K.B. 37; über die Bedeutung des „bei" vgl. R.G. in Strfs. XXVII, 228). Werden in das Zeugnis in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (also namentlich in einer dem Gehilfen selbst nicht erkennbaren Form; vgl. Gewerbeordnung §. 113 Abs. 3) Merkmale aufgenommen, welche dem Gehilfen in seinem Fortkommen schaden, so tritt Schadensersatzpflicht ein (B.G. §. 826, K.B. 37). Die Vorschrift des §. 73 ist nach K.B. 38 öffentlich-rechtlicher Art und daher nicht abänderbar durch Verträge. Der Gehilfe hat selbstverständlich ein klagbares Recht darauf, daß die in dem Zeugnis angegebenen Thatsachen der Wahrheit entsprechen.

Vertragliches Wettbewerbsverbot. §. 74.

Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

A.D.H. — **Entw. I** §. 67 Abs. 1. **Entw. II** §. 73.

§. 74.

I. **Bisherige Rechtsprechung.** Die Unzulässigkeit einer übermäßigen Beschränkung des Wettbewerbs konnte mangels bestimmter gesetzlicher Vorschriften bisher nur aus dem allgemeinen Grundsatz der Unsittlichkeit einer zu weit gehenden Beschränkung der freien Thätigkeit eines anderen abgeleitet werden. Daß die Gewerbeordnung §. 10 („ausschließliche Gewerbeberechtigungen") auf dergleichen Vereinbarungen nicht anwendbar sei, wurde durch Plenarbeschluß des Obertribunals (Entsch. Bd. 80 S. 1) entschieden. Das R.O.H. hat die Abreden für giltig erachtet, wenn dem Verbote eine örtliche, zeitliche und gegenständliche Beschränkung, mitunter auch nur eine Beschränkung nach einer dieser Richtungen beigefügt war (VII, 418: innerhalb des Zollvereins, 5 Jahre, Konkurrenzgeschäft; XII, 30: räumlich unbeschränkt, 4 Jahre, Geschäft in wollenen oder seidenen gewirkten Strumpf- oder Handschuhwaren; XV, 164: Gegenden, wo die Firma Handel treibt, 20 Jahre, Waren, mit denen sie handelt; XVI, 160: Konkurrenzgeschäft, 5 Jahre innerhalb 50 Meilen von Hannover, so lange der Geschäftsherr sein Geschäft betreibt nie in Hannover und Vorstadt), jedoch für ungiltig in einem Falle, in welchem ohne aus-

drückliches Verbot des Wettbewerbs, aber unter starker Erschwerung der Kündigung der gesamte Ertrag der geschäftlichen Thätigkeit dem Geschäftsherrn zur Verfügung gestellt wurde (R.O.H. XVIII, 102), und den Vertrag eines Uhrmachers mit seinem Lehrling, daß letzterer sich nie als Uhrmacher niederlassen dürfe (XXI, 262). Das R.G. (Entsch. I, 22; Urteil v. 1. Febr. 1895 J.W. S. 148; Entsch. XXXI, 98) stellte sich auf denselben Boden, wies jedoch (II, 120, bei welchem Fall die Wahrung eines Fabrikationsgeheimnisses hereinspielte) darauf hin, daß, soweit die Gewerbeordnung in Betracht komme, auch ein örtlich und zeitlich unbeschränkter Vertrag giltig sein könne, so lange nicht ein öffentliches Interesse verletzt werde (also z. B. wenn eine gegenständliche Beschränkung vorhanden), daß jedoch die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten noch außerdem zu prüfen sei. Im Zweifel sei ein vertragliches Verbot nur auf den Fall zu beziehen, daß der Gehilfe die Stellung freiwillig und ohne daß ihm dazu seitens des Geschäftsherrn gerechter Anlaß gegeben ist, aufgebe, also ohne Kündigung weggehe, oder seinerseits kündige, oder daß er durch sein Verhalten dem Dienstherrn gerechten Anlaß zur Kündigung gegeben hat (R.G. XX, 107, Bolze Bd. 22 Nr. 411). Es sei nicht zulässig, den wegen Übermäßigkeit des Verbots nichtigen Vertrag durch Anwendung des richterlichen Ermessens so beschränkt aufrechtzuerhalten, wie er giltig hätte geschlossen werden können (R.G. XXXI, 100).

II. Vereinbarung **mit dem Handlungsgehilfen.** Wie alle Bestimmungen der §§. 59—75 ist auch die Regelung des Wettbewerbsverbots nur anwendbar auf die Verhältnisse der „Handlungsgehilfen" (§. 59 Anm. I). Sie ist für anwendbar erklärt (§. 76 Abs. 1; vgl. jedoch §. 74 Abs. 3) auch auf die Handlungslehrlinge. Die §§. 74, 75 sind daher nicht anwendbar auf alle übrigen Fälle, in denen vertragliche Wettbewerbsverbote vorkommen, also namentlich nicht auf kaufmännische und gewerbliche Gehilfen in Betrieben, welche kein „Handelsgewerbe" sind (§. 59 Anm. I b), auf Handlungsagenten (§. 59 Anm. I a), auf Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften oder Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§. 59 Anm. I d), auf die Verhältnisse von offenen Handelsgesellschaftern oder von Mitgliedern eines Kartells (R.G. XXXVIII, 158) unter einander, von Verkäufer und Käufer eines Geschäfts. Bezüglich aller dieser Personen verbleibt es daher bei dem bisherigen Rechtszustand (§. 138 B.G.). Die §§. 74, 75 sind ferner nicht anwendbar auf gewerbliche Arbeiter (§. 83) eines Kaufmanns oder eines anderen Unternehmers. Bezüglich der in §. 133 a Gewerbeordnung bezeichneten Personen, nämlich „der von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen, welche nicht lediglich vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abteilung desselben beauftragt (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner und dergleichen)" ist jedoch durch Art. 9 Einf.-Ges. z. H.G.B. ein neuer §. 133 f. der Gewerbeordnung eingefügt, welcher dem §. 74 H.G.B. unter Fortlassung der festen Zeitbeschränkung von 3 Jahren wörtlich entspricht. — Nicht berührt sind auch Verträge des Geschäftsherrn mit Dritten. (Für den Fall der Bürgschaft vgl. jedoch §§. 767, 768 B.G.)

III. Für die Zeit **nach der Beendigung des Dienstverhältnisses.** Bei einem Wettbewerb während bestehenden Dienstverhältnisses kommen §§. 60, 72 Ziff. 1 und die sonstigen allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

IV. Beschränkung in seiner **gewerblichen Thätigkeit.** Die §§. 74, 75 sind nur anwendbar auf das Verbot, sei es ein Gewerbe überhaupt, sei es ein Gewerbe bestimmter Art zu betreiben, auf einem bestimmten gewerblichen Gebiet überhaupt eine Thätigkeit auszuüben. Der Gehilfe soll nicht unbegrenzt verhindert werden, die erworbenen Erfahrungen über Bezugsquellen, Absatzquellen und allgemeine Betriebseinrichtungen nutzbar zu machen, mithin später in redlichen Wettbewerb zu treten, dem früheren

Geschäftsherrn die Art der Benutzung eines Kapitals nachzuahmen. Die §§. 74, 75 treffen dagegen nicht die Fälle, in denen dem Gehilfen nur untersagt wird, bestimmte Betriebsgeheimnisse seinerseits später zu benutzen. (Sten. Ber. 66. Die Grenzen sind allerdings fließend.) In diesem Fall würde der Gehilfe bei späterer Benutzung dem Geschäftsherrn einen Teil von dessen Kapital entwenden und sein Wettbewerb würde daher ein unredlicher sein. Selbst abgesehen von einem Vertrage ist daher in §. 9 Abs. 2 u. 3 Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 (R.G.Bl. 145) ohne Zeitbeschränkung bedroht mit Strafe und Schadensersatzpflicht die unbefugte Verwertung zu Zwecken des Wettbewerbs oder Mitteilung an andere von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen seitens eines Angestellten, Arbeiters oder Lehrlings, welchem dieselben vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind.

V. **Zulässige Grenzen der Beschränkung.** Nach Zeit, Ort und Gegenstand sollen nicht die Grenzen überschritten werden, außerhalb deren das Fortkommen des Gehilfen unbillig erschwert ist. Die unbillige Erschwerung des Fortkommens ist mithin das Entscheidende (Staub, Suppl. Anm. 1). Nach jeder der drei Richtungen kann die Einhaltung der Grenzen verlangt werden. Indessen ist das Verbot als Ganzes ins Auge zu fassen. Daher ist nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen schon die Eingrenzung des Verbots nach einer oder zweien jener Richtungen bei im übrigen unbeschränkter Beibehaltung keine unbillige Erschwerung des Fortkommens bildet. Nur nach der Richtung der Zeit ist stets die Einhaltung der Höchstzahl von drei Jahren erforderlich (§. 74 Abs. 2). Die drei Jahre rechnen von der rechtlichen (nicht von einer früheren thatsächlichen) Beendigung des Dienstverhältnisses an (Staub, Suppl. Anm. 5). Als Anhaltspunkte für die Beurteilung, inwieweit die Beschränkung das Fortkommen des Gehilfen unbillig erschwert, kommt namentlich in Betracht: einerseits, in welchem Umfang ein berechtigtes Interesse des Geschäftsherrn an der Beschränkung mit Rücksicht auf die Verhältnisse und Bedürfnisse seines Geschäfts besteht, andererseits, ob die von dem Gehilfen bezogene Vergütung durch ihre Höhe bereits eine Entschädigung für die Beschränkung enthielt, oder etwa eine besondere Vergütung für die Zeit der Beschränkung gewährt wird (Denkschr. 64).

VI. **Folge der Überschreitung der zulässigen Grenzen.** Die Vereinbarung wird durch Überschreitung der zulässigen Grenzen des Verbots nicht vollständig nichtig, sondern sie bleibt „insoweit verbindlich" als sie durch Ermäßigung in jene Grenzen zurückgeführt werden kann. Auch dem erkennenden Richter liegt mithin eine Ermäßigungspflicht ob. (Denkschr. 63, K.B. 41 im Gegensatz zu dem bisherigen, in R.G. XXXI, 100 betonten Recht.) Bei Überschreitung der dreijährigen Zeitgrenze ist derjenige Teil der Vereinbarung, welcher die Zeit nach Ablauf der drei Jahre betrifft, nichtig (§§. 134, 139 B.G.); im übrigen bleibt die Vereinbarung innerhalb der nach §. 74 Abs. 1 zulässigen Grenzen giltig. — Ist jedes berechtigte Interesse des Geschäftsinhabers an einer Beschränkung überhaupt zu verneinen, so ist auch die geringste Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen unbillig; auch ein begrenztes Verbot ist dann unverbindlich (Denkschr. 64. K.B. 41). — Vgl. auch §. 75 Anm. II.

VII. **Minderjähriger Handlungsgehilfe.** Ein demselben auferlegtes Wettbewerbsverbot ist in vollem Umfange nichtig, gleichgiltig, ob die Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter des Gehilfen oder mit letzterem unter Genehmigung des ersteren abgeschlossen ist (Denkschr. 64. K.B. 43). Hierdurch (§. 76 Abs. 1) wird fast in allen Fällen unmöglich, Handlungslehrlingen ein gültiges Wettbewerbsverbot aufzuerlegen.

VIII. **Beispiele von Vertragsauslegung.** Bei dem häufig wiederkehrenden Verbot des Geschäfsbetriebes ist zu unterscheiden ob verboten ist, ein Geschäft an bestimmtem Ort zu betreiben, d. h. eine Niederlassung daselbst zu gründen, oder Geschäfte nach einem

Orte hin zu betreiben, d. h. mit den an einem bestimmten Orte wohnenden Kunden Geschäfte abzuschließen. (R.O.H. XV, 164, R.G. XXVI, 164). — Die übernommene Verpflichtung, einen patentierten Gegenstand während bestimmter Zeit nicht herzustellen oder bei der Herstellung sich nicht zu beteiligen, ist verletzt, wenn der Verpflichtete — selbst ohne Gegenwert — einem Dritten zusichert, daß er eine Benutzung des Patents durch den Dritten nicht verfolgen werde (Bolze Bd. 22 Nr. 413). — Die Verpflichtung, innerhalb Deutschlands in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, umfaßt die Verpflichtung, nicht als im Auslande beschäftigter Beamter in ein deutsches Konkurrenzgeschäft einzutreten (Bolze Bd. 22 Nr. 414). Ein eigener Geschäftsbetrieb an einem außereuropäischen Platz liegt auch dann vor, wenn einem Dritten die dort vorhandenen eigenen Gebäude und Warenlager vermietet werden, und der Dritte sich verpflichtet, in Europa nur von dem Vermieter zu kaufen, nur an ihn zu verkaufen und nur dessen Kredit zu benutzen (Bolze Bd. 16 Nr. 388). Gegen das Verbot, an einem Konkurrenzgeschäft „mit Rat und That" teilzunehmen, verstößt auch derjenige, welcher sich mit einem Dritten zwar nicht zur Herstellung des durch das Verbot geschützten Fabrikats selbst verbindet, wohl aber zum Zwecke der Herstellung einer Maschine, mittels deren ein konkurrenzfähiges Fabrikat erzeugt werden kann (R.G. v. 8. Mai 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 489).

§. 75.

Einfluß der Kündigung. Vertragsstrafe.

Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältniß gemäß den Vorschriften der §§. 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im §. 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältniß kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

A.D.H. — **Entw. I** §. 67 Abs. 2. **Entw. II** §. 74.

§. 75.

I. **Einfluß des Grundes der Beendigung des Dienstverhältnisses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots.** (Über das bisherige Recht R.G. XX, 107.)

a. Bei einem vom Geschäftsherrn gegebenen wichtigen Grunde der Vertragsauflösung kann der Geschäftsherr keine Ansprüche aus dem Wettbewerbsverbot herleiten. (Ein vom Geschäftsherrn gegebener genügender Anlaß zur gewöhnlichen befristeten Kündigung genügt nicht.) Die Vertragsauflösung muß auch thatsächlich erfolgt sein (Staub, Suppl. Anm. 2); setzt der Gehilfe das Vertragsverhältnis fort, so unterwirft er sich von neuem auch dem vertraglichen Wettbewerbsverbot.

b. Ebenso verliert der Geschäftsherr seine Ansprüche aus dem vertraglichen Wett-

bewerbsverbot bei einer durch den Geschäftsherrn erfolgten Kündigung, wenn für letztere zwar ein erheblicher Anlaß vorliegt, dieser Anlaß aber von dem Geschäftsherrn verschuldet ist.

c. Ebenso auch (eingefügt von der Reichstagskommission; K.B. 44) in jedem anderen Falle der Kündigung durch den Geschäftsherrn, falls er nicht das zuletzt bezogene Gehalt (d. h. den festen Teil der Vergütung. §. 64 Anm. Dagegen Staub, Suppl. Anm. 4) fortzahlt. Diese Fortzahlung kann bewirkt werden selbst wenn sie im Vertrage nicht vorgesehen war, sie kann aber dann freiwillig eingestellt werden mit der Wirkung, daß gleichzeitig die Wirkung des Wettbewerbsverbots erlischt. Wird die Fortzahlung (vgl. §. 71 Anm. II) unterlassen, so kann der Geschäftsherr sich nicht nachträglich unter Angebot des Rückstandes auf diese Bestimmung berufen. Wegen der von dem Gehilfen in einer neuen Stelle etwa erhaltenen Bezüge darf ein Abzug bei der Fortzahlung nicht gemacht werden (K.B. 44). — Da durch die bloße Kündigung das Recht aus dem Wettbewerbsverbot noch nicht endgiltig verloren geht, sondern durch demnächstige Gehaltsfortzahlung aufrecht erhalten werden kann, so bleibt es auch erhalten, wenn nach der befristeten Kündigung eine gerechtfertigte unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde seitens des Geschäftsherrn erfolgt (dagegen für das bisherige Recht Bolze Bd. 17 Nr. 423).

d. Kündigt der Gehilfe, wenn der Geschäftsherr ihm keinen wichtigen Grund gegeben, oder kündigt der Geschäftsherr, nachdem ihm der Gehilfe einen wichtigen Grund zur Entlassung gegeben hat oder wenn sonst ein nicht vom Geschäftherrn verschuldeter erheblicher Anlaß vorliegt, so bleibt das vertragliche Wettbewerbsverbot in den Grenzen des §. 74 in Kraft.

II. **Vertragsstrafe.** Die Vertragsstrafe verfällt nur soweit die Hauptverpflichtung wirksam war (§. 344 B.G.). Der §. 75 Abs. 2 Satz 1 enthält eine Abänderung des §. 340 B.G. für diesen Sonderfall. Der Fall des §. 341 B.G. (Versprechen der Strafe für den Fall, daß die Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt wird) bleibt an sich unberührt, wird indessen bei dem auf ein Unterlassen gerichteten Wettbewerbsverbot gar nicht, bei einer sonstigen „Beschränkung der gewerblichen Thätigkeit", wenn überhaupt, nur selten vorkommen können. Der §. 75 Abs. 2 Satz 2 erklärt den §. 343 B.G. (richterliche Ermäßigung der Vertragsstrafe) für anwendbar. Bei Ermäßigung kann auch darauf Rücksicht genommen werden, daß das Wettbewerbsverbot teilweise beachtet ist, was bei zeitlichen, aber nicht bei räumlichen Beschränkungen möglich ist (O.L.G. Köln v. 26. Nov. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 489). Der Geschäftsherr hat die Nichterfüllung der Vertragsabrede seitens des Gehilfen zu beweisen (§. 345 B.G.). — Ist keine Vertragsstrafe vereinbart, so finden die allgemeinen Bestimmungen des B.G. über Erfüllungs- und Schadensersatzpflicht Anwendung.

Es lauten B.G.:

§. 343. Abs. 1: „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

§. 345: „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht."

III. **Wirkung der Nichtigkeit.** Die Bestimmung des Abs. 3 bezieht sich nur auf §. 75, nicht auch auf §. 74 (§. 74 Anm. VI). In der Regel wird nur derjenige Teil der Vereinbarung nichtig sein, welcher gegen §. 75 Abs. 1 u. 2 verstößt, im übrigen aber die Vereinbarung wirksam bleiben (§ 139 B.G.).

II. Handlungslehrlinge (§§. 76—82).

§. 76.

Pflichten des Lehrherrn und des Handlungslehrlings.

Die Vorschriften der §§. 60 bis 63, 74, 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung.

Der Lehrherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird; er hat die Ausbildung des Lehrlinges entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter zu leiten. Die Unterweisung hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu geschehen.

Der Lehrherr darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen; auch hat er ihm die zum Besuche des Gottesdienstes an Sonntagen und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Er hat den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

In Betreff der Verpflichtung des Lehrherrn, dem Lehrlinge die zum Besuch einer Fortbildungsschule erforderliche Zeit zu gewähren, bewendet es bei den Vorschriften des §. 120 der Gewerbeordnung.

A.D.H. Art. 57 ff. **Entw. I** §. 68. **Entw. II** §. 75.

§. 76.

I. **Handlungslehrling.** Der Begriff ist im Gesetz nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt. In Anlehnung an den Begriff des Handlungsgehilfen (§. 59) wird nur derjenige als Handlungslehrling anzusehen sein, der in einem Handelsgewerbe (§ 59 Anm. Ia, b) zur Erlernung und Leistung kaufmännischer Dienste (§. 59 Anm. Ic, d) gegen Entgelt oder ohne anderes Entgelt als die Unterweisung, mitunter sogar gegen Zuzahlung von Lehrgeld, angestellt (§. 59 Anm. If) ist. Für die Unterscheidung des Handlungslehrlings vom Handlungsgehilfen ist die Bezeichnung, welche die Vertragschließenden dem Vertragsverhältnis gegeben haben, nicht unbedingt, sondern nur als eines der Auslegungsmittel maßgebend (Sten. Ber. 76). Wer vollständige Bezahlung für seine Dienstleistung erhält, ist in der Regel Gehilfe (Sten. Ber. 77). Der Begriff „Lehrling" in §. 247 St.G.B. umfaßt auch den Handlungslehrling (R.G. in Strfſ. XXII, 245).

II. **Anwendung von Vorschriften über Handlungsgehilfen.** Nicht alle Vorschriften über Handlungsgehilfen finden auf den Handlungslehrling Anwendung; nur das Verbot eigenen Gewerbebetriebes (§§. 60, 61), die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Rücksichtnahme auf Gesundheit, Sittlichkeit, Anstand (bei häuslicher Gemeinschaft auch Religion) des Beschäftigten (§. 62, verschärft durch §. 76 Abs. 2—4 und die Strafvorschrift in §. 82 Abs. 1), die Verpflichtung zur sechswöchentlichen Fortgewähr von Gehalt und Unterhalt bei Behinderung durch unverschuldetes Unglück (§. 63), die Beschränkung der Wettbewerbsverbote (§§. 74, 75) und zwar die vollständige Untersagung, wenn der Handlungslehrling zur Zeit der Vereinbarung über das Verbot noch minderjährig war (§. 74 Abs. 3), und nach Ablauf der einmonatigen Probezeit (§. 77 Abs. 3) die Vorschriften über Kündigung ohne Frist aus wichtigen Gründen (§§. 70—72). Die übrigen Vorschriften, namentlich die Beschränkungen der Vereinbarungen über Kündigungsfristen, sind auf Lehrlinge nicht anwendbar und ersetzt durch §§. 77—79. In zweiter Reihe gelten auch hier die allgemeinen Bestimmungen des B.G. über Dienstverträge. (Das

Recht des Lehrherrn auf die Dienste des Lehrlings ist nicht nur zufällig oder in zweiter Linie stehend, R.O.H. IX, 279; das R.O.H. XIV, 208 ließ dahingestellt, ob der Lehrvertrag nach sächsischem Recht als Werkvertrag anzusehen sei.) — Staub, Suppl. Anm. 4 scheint dem Lehrherrn eine Einwirkung darauf zugestehen zu wollen, daß der Lehrling Gebote kirchlicher Behörden des Glaubensverbandes, als dessen Mitglied er erzogen ist, beobachtet, und dies sogar gegen den Willen des Lehrlings und seiner Eltern. Diese Ansicht erscheint nicht haltbar. Nach §. 76 Abs. 3 beschränkt sich die Pflicht (und das Recht) des Lehrherrn auf ein Zeit- und Gelegenheit-Gewähren (d. h. ein Nicht-Hindern), und auch nur bezüglich des Gottesdienstes und bezüglich der staatlich an dem betreffenden Orte anerkannten Festtage und der Sonntage. Nach §. 76 Abs. 1 (§. 62 Abs. 2) hat der Geschäftsherr nur in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, der Arbeits- und Erholungszeit, also nicht auch in anderen Beziehungen, bestimmte Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Religion des Lehrlings erforderlich sind. Der Lehrling ist im Gebiet des Landrechts nicht einmal verpflichtet, dem Lehrherrn darüber Rede zu stehen, welchem Glaubensverband er angehört (II, 11 §. 5 L.R.).

III. **Fortbildungsunterricht.** Der §. 120 Gewerbeordnung (Ges. v. 1. Juni 1891, R.G.-Bl. 269) bestimmt:

„Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, ihren Arbeitern unter 18 Jahren, welche eine von der Gemeindebehörde oder vom Staate als Fortbildungsschule anerkannte Unterrichtsanstalt besuchen, hierzu die erforderlichenfalls von der zuständigen Behörde festzusetzende Zeit zu gewähren . . . .

Als Fortbildungsschulen im Sinne dieser Bestimmung gelten auch Anstalten, in welchen Unterricht in weiblichen Hand- und Hausarbeiten erteilt wird.

Durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes (§. 142) kann für männliche Arbeiter unter 18 Jahren die Verpflichtung zum Besuche einer Fortbildungsschule, soweit diese Verpflichtung nicht landesgesetzlich besteht, begründet werden. Auf demselben Wege können die zur Durchführung dieser Verpflichtung erforderlichen Bestimmungen getroffen werden. Insbesondere können durch statutarische Bestimmung die zur Sicherung eines regelmäßigen Schulbesuchs den Schulpflichtigen, sowie deren Eltern, Vormündern und Arbeitgebern obliegenden Verpflichtungen bestimmt und diejenigen Vorschriften erlassen werden, durch welche die Ordnung in der Fortbildungsschule und ein gebührliches Verhalten der Schüler gesichert wird. Von der durch statutarische Bestimmung begründeten Verpflichtung zum Besuche einer Fortbildungsschule sind diejenigen befreit, welche eine Innungs- oder andere Fortbildungs- oder Fachschule besuchen, sofern der Unterricht dieser Schule von der höheren Verwaltungsbehörde als ein ausreichender Ersatz des allgemeinen Fortbildungsschulunterrichts anerkannt wird."

§. 77.

Lehrzeit. Probezeit. Kündigung.

Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

Das Lehrverhältniß kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.

Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhält-

nisses die Vorschriften der §§. 70 bis 72 Anwendung. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Lehrling ist es insbesondere auch anzusehen, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt.

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältniß innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

A.D.H. Art. 61 Abs. 2, 62—64. **Entw. I** §. 69. **Entw. II** §. 76.

§. 77.

I. **Dauer der Lehrzeit.** Der §. 77 Abs. 1 ist aus Art. 61 Abs. 2 A.D.H. entnommen. Der Lehrvertrag ist verbindlich auch wenn er nur mündlich geschlossen ist, ausgenommen soweit Ansprüche gegen den Lehrling wegen unbefugten Austritts (§. 79) in Betracht kommen. Einen Fall der Unterbrechung der Lehrzeit durch Militärdienst im Kriege s. R.O.H. X, 221. — Staub, Suppl. Anm. 1 nimmt an, daß aus dem Zusammenhange von Abs. 1 und 3 zu schließen sei, es könne nicht für die nach Ablauf der Probezeit liegende Lehrzeit die Zulässigkeit befristeter Kündigung im Lehrvertrag vereinbart werden. Dem kann nicht beigetreten werden. Der Abs. 3 Satz 1 rechtfertigt nicht den von Staub gezogenen Gegenschluß, enthält vielmehr nur eine Vorschrift über unbefristete Kündigung, ohne über die Zulässigkeit der befristeten Kündigung bejahend oder verneinend zu bestimmen. Es bleibt mithin in dieser Beziehung bei der Regel der Vertragsfreiheit.

II. **Probezeit.** Für §. 77 Abs. 2—4 war §. 128 Gewerbeordnung vorbildlich. Während des ersten Monats (zuletzt also an dem Tage, welcher im nächsten Monat durch seine Zahl dem Tage des Eintritts entspricht; §. 188 Abs. 2 B.G.) kann jeder von beiden Teilen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne daß wichtige Gründe vorzuliegen brauchen, kündigen. Ist eine längere Probezeit vereinbart, so besteht dasselbe Kündigungsrecht während dieser längeren Zeit. Die Folge der Nichtigkeit einer Vereinbarung, daß die Probezeit mehr als 3 Monate betragen soll, wird in der Regel nur sein, daß die gesetzliche Probezeit von einem Monat Platz greift, im übrigen aber der Lehrvertrag bestehen bleibt (Vgl. §. 67 Anm. II).

III. **Kündigung nach Ablauf der Probezeit.** Mangels besonderer Vertragsabreden ist nach Ablauf der Probezeit eine Kündigung während der Lehrzeit in der Regel überhaupt unzulässig, da §. 66 H.G.B. nicht für anwendbar erklärt ist, und auch §. 621 B.G. nach der Natur des Lehrvertrages, bei welchem sich nur während der ganzen Zeit, nicht während eines einzelnen Zeitabschnittes, die Gegenleistungen ausgleichen, nicht Anwendung finden kann. Anders bei fristloser Kündigung aus wichtigen Gründen (§. 71 Abs. 3), bei dem Tode des Lehrherrn (§. 77 Abs. 4) und bei Übergang des Lehrlings zu einem anderen Gewerbe oder Beruf (§. 78). Dieselbe Thatsache kann unter Umständen zwar für den Gehilfen, aber nicht für den Lehrling einen Grund zur Kündigung ohne Frist bilden. Bei dem Lehrling muß noch in höherem Maße als bei dem Gehilfen die Unterordnung unter den Geschäftsherrn und dessen Vertreter gefordert werden. Ehrverletzungen und Thätlichkeiten seitens des Lehrlings werden daher schwerer, Ehrverletzungen und Thätlichkeiten seitens des Geschäftsherrn leichter wiegen als bei dem Verhältnis zum Gehilfen. In §. 128 Abs. 3 (§. 124 Ziff. 2) Gewerbeordnung ist ausgeschlossen eine Kündigung des gewerblichen Lehrlings wegen Thätlichkeiten oder grober Beleidigungen seitens des Arbeitgebers oder seiner Vertreter. In das H.G.B. ist diese Bestimmung nicht übernommen; indessen kommt hier die im Eingang des §. 72 genannte Voraussetzung „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen" in Betracht. Ein Züchtigungsrecht steht dem Kaufmann gegenüber seinem Lehrling nicht zu

(K.B. 47). Nachlässigkeiten im Dienste und Unarten wiegen bei dem Lehrling leichter als bei dem Gehilfen (O.L.G. Hamburg 19. Sept. 1890 in Z.f.H. Bd. 42 S. 516). Ein wichtiger Grund zur Kündigung seitens des Lehrlings ist z. B. auch der Eintritt der Unfähigkeit des Lehrherrn zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen (Denkschr. 66); ebenso bei einem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling gestörte Familienverhältnisse des Lehrherrn (R.O.H. XIII, 109). Die Vorschrift des Abs. 4 betreffend den Tod des Lehrherrn ist nur anwendbar auf den Fall eines Einzelkaufmanns. Unter Umständen kann aber der Tod eines Gesellschafters, wenn dieser die Ausbildung leitete, wichtiger Auflösungsgrund sein. Vgl. auch §. 25 Anm. V über die Einwirkung des Wechsels des Geschäftsinhabers auf bestehende Dienstverträge.

IV. **Folgen der Kündigung**. Vgl. §. 70 Anm. III—V. Einen Fall der Klage auf Schadensersatz gegen den Geschäftsherrn wegen unrechtmäßiger Entlassung des Lehrlings s. in R.O.H. VII, 277. Voraussetzung eines Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Lehrling ist der schriftliche Abschluß des Lehrvertrages (§. 79).

§. 78.

Übergang zu anderem Gewerbe oder Beruf.

Wird von dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlinges oder, sofern dieser volljährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Beruf übergehen werde, so endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältniß nach dem Ablauf eines Monats.

Tritt der Lehrling der abgegebenen Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von neun Monaten nach der Beendigung des Lehrverhältnisses in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder als Handlungsgehülfe ein, so ist er dem Lehrherrn zum Ersatze des diesem durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet. Mit ihm haftet als Gesammtschuldner der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalte Kenntniß hatte.

A.D.H. — **Entw.** I §. 70. **Entw.** II §. 77.

§ 78.

Der §. 78 entspricht dem §. 131 Gewerbeordnung. Das Handelsgewerbe ist in §. 78 als ein ganzes angesehen. Nach dem Wortlaut des §. 78 Abs. 2 („Geschäft", „Handlungsgehilfe", „Handlungslehrling") genügt also nicht die Erklärung, daß der Lehrling zu einem anderen Zweige des Handelsgewerbes übergehen wolle. Die abgegebene Erklärung ist für den Geschäftsherrn genügender Grund zur unbefristeten Kündigung (Staub, Suppl. Anm. 1).

§. 79.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre kann der Lehrherr gegen den Lehrling nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist.

A.D.H. — **Entw.** I — **Entw.** II §. 78.

§. 79.

I. **Ansprüche des Geschäftsherrn wegen unbefugten Austritts des Lehrlings.** Hierher gehören auch Ansprüche auf Grund des §. 78. Bezüglich des Anspruchs auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Verzuges kommen dieselben Bestim=

mungen wie bei unrechtmäßigem Verlassen des Dienstes seitens eines Handlungsgehilfen zur Anwendung. Vgl. §. 70 Anm. IV, V. Der §. 79 betrifft nur Ansprüche wegen unbefugten Austritts, nicht alle auf den Lehrvertrag gegründeten Ansprüche.

II. **Gegen den Lehrling.** Zu unterscheiden ist, ob der Lehrvertrag von dem Lehrling (wenn auch mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters) oder von einem Dritten in eigenem Namen (zu Gunsten des Lehrlings) mit dem Geschäftsherrn abgeschlossen worden ist, oder ob endlich zwar der Lehrling abgeschlossen aber ein Dritter sich für ihn verbürgt hat. Der §. 79 ist als Ausnahmevorschrift eng dahin auszulegen, daß nur die Ansprüche gegen den Lehrling (nicht auch gegen einen Dritten) an die Bedingung der schriftlichen Abfassung des Lehrvertrages geknüpft sind. Bei anderer Auslegung wären die Worte „gegen den Lehrling" in §. 79 überflüssig. Haftet der Lehrling nicht, so auch nicht der Dritte, welcher sich für ihn verbürgt hat (§. 767, 768 B.G.). Wohl aber selbst auf Grund eines nur mündlichen Lehrvertrages der Dritte (z. B. der Vater), welcher ihn in eigenem Namen abgeschlossen hat. (Fälle der Inanspruchnahme des Vaters aus einem von ihm abgeschlossenen Lehrvertrage s. R.O.H. I, 32, X, 224, XIII, 106, des Bruders R.O.H. XIV, 206). Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der abschließende (und nach R.O.H. XVII, 396 sogar der nur genehmigende) Vater in eigenem Namen, der abschließende Vormund im Namen des Mündels abschließen wollte (R.O.H. XIV, 18; vgl. R.O.H. II, 135 Anm.). Bei mündlichen Lehrvertrag haftet im Fall des §. 78 Abs. 2 der neue Lehr- oder Geschäftsherr trotzdem der Lehrling nicht haftet. Dagegen Staub, Suppl. Anm. 3. Eine Haftung, welche als die eines Gesamtschuldners, mithin als selbständige Haftung, gedacht ist, wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Haftung des anderen, der sonst mitverpflichtet sein würde, aus einem in dessen Person liegenden Grunde nicht zur Entstehung gelangt.

III. **Schriftlich.** Der §. 126 B.G. bestimmt:

„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt."

§. 80.

Zeugnis für den Lehrling.

Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugniß über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen.

Auf Antrag des Lehrlinges hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 71. **Entw. II** §. 79.

§. 80.

Der Inhalt des dem Lehrling auszustellenden Zeugnisses ist nach dem Muster des §. 129 Abs. 1 Gewerbeordnung bestimmt. Vgl. Anm. zu §. 73, welcher über den Inhalt des dem Handlungsgehilfen zu erteilenden Zeugnisses Festsetzung trifft.

§. 81.

Bürgerliche Ehrenrechte des Lehrenden.

Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen

Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden.

Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden.

A.D.H. — **Entw. I** §. 72. **Entw. II** §. 80.

§. 81.

Diese Vorschrift ist in Anlehnung an §. 106 Gewerbeordnung aufgenommen worden. Der Lehrvertrag mit einem Geschäftsherrn, welcher nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist (St.G.B. §. 32—34, 36), ist wohl nicht nichtig, denn nur das thatsächliche Halten, nicht die rechtliche Vorbereitung hierzu ist verboten und auch jenes nur mit dem milderen Ausdruck „darf nicht" (Planck, Kommentar z. B.G. Einl. S. 25). Abgesehen von der Zulässigkeit der Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums, wenn bei dem Abschluß das Fehlen der bürgerlichen Ehrenrechte in der Person des Geschäftsherrn nicht bekannt war (§. 119 Abs. 2 B.G.), bleibt aber jenes Fehlen auch ein fortdauernd sich erneuernder wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist auch die seitens des Lehrherrn erfolgte Überweisung des Lehrlings zur Anleitung an eine Person, von welcher dem Lehrherrn bekannt war, daß ihr die bürgerlichen Ehrenrechte fehlen, oder seine Weigerung, eine diesbezügliche Anordnung zu ändern. Die Polizei ist zum Einschreiten nur berechtigt, nicht verpflichtet; sie muß indessen einschreiten, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles anzunehmen ist, daß das Interesse des Lehrlings gefährdet ist. Die Art der Ausübung des polizeilichen Zwanges richtet sich nach den Landesgesetzen. Vgl. auch die Strafbestimmung in §. 82 Abs. 2.

§. 82.

Pflichtwidrigkeit des Lehrherrn. Strafvorschrift.

Wer die ihm nach §. 62 Abs. 1, 2 oder nach §. 76 Abs. 2, 3 dem Lehrlinge gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher entgegen der Vorschrift des §. 81 Handlungslehrlinge hält, ausbildet oder ausbilden läßt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 73. **Entw. II** —

§. 82.

Diese Strafvorschrift ist von der Reichstagskommission aufgenommen worden (K.B. 45). Durch den Zusatz „in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise" ist ausgeschlossen eine Bestrafung wegen Verabsäumung derjenigen Verpflichtungen, welche dem Geschäftsherrn nur bezüglich des Anstandes (§. 62 Abs. 1), der Religion (§. 62 Abs. 2, §. 76 Abs. 3) und der Arbeitsamkeit (§. 76 Abs. 3) des Lehrlings obliegen. In der Nichterfüllung der Pflichten seitens des Lehrherrn liegt auch eine Verletzung des Lehrvertrages (R.G. XXXVII, 327), und hieraus ergeben sich weitere privatrechtliche Folgerungen.

III. Andere Bedienstete des Kaufmanns.

§. 83.

Hinsichtlich der Personen, welche in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten, bewendet es bei den für das Arbeitsverhältniß dieser Personen geltenden Vorschriften.

A.D.H. Art. 65. **Entw. I** §. 74. **Entw. II** §. 81.

§. 83.

I. **Gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter).** Ihre Verhältnisse sind geregelt durch die allgemeinen Bestimmungen des B.G. §§. 611—630 über den Dienstvertrag und die Bestimmungen des Titels VII der Gewerbeordnung (Fassung des Ges. v. 1. Juni 1891, R.G.Bl. 261, in Einzelheiten geändert durch Einf.-Ges. z. B.G. Art. 36 und Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 9). Hierher gehören diejenigen Personen, welche — sei es durch Handarbeit ohne besondere Fachkenntnisse, sei es durch Anleitung und Beaufsichtigung — die auf Bearbeitung oder Verarbeitung oder auf etwa erforderliche Fortbewegung der Waren oder Personen bezüglichen Dienste leisten oder bei dergleichen Arbeiten helfend mitwirken. Beispielsweise sind hierzu gerechnet worden: der Koch eines als Kaufmann anzusehenden Restaurateurs (R.O.H. X, 298; unter Umständen kann er zum Gesinde gehören. R.G. I, 268), Kellner und Oberkellner in Gastwirtschaften (R.O.H. XXIV, 270), der in einer Tuchfabrik zur Überwachung des technischen Betriebes angestellte Webermeister (R.O.H. XI, 387), der Zuschneider in einem Kleidergeschäft (R.O.H. XXI, 18), der Berichterstatter einer Zeitung im Verhältnis zu dem Verleger (R.O.H. XIV, 23, R.G. I, 268), Fabrikarbeiter, Werkmeister, Ingenieure in einer Fabrik (R.G. I, 268), Ziegelmeister, Fabrikmeister, Braumeister (R.G. XXXVII, 279), ein Brennereidirektor (R.G. XXXVIII, 26), die zur thatsächlichen Ausführung des Transports von einem Frachtführer Angestellten (R.O.H. XVII, 309), Omnibusschaffner (L.G. I Berlin in Z.f.H. Bd. 42 S. 513), Musterzeichner, Porzellanmaler, Konstrukteure und andere Künstler, welche von einem Gewerbetreibenden zur Herstellung eines — wenn auch kunst- — gewerblichen Erzeugnisses beschäftigt werden (R.G. XVII, 92). — Nicht gewerbliche Arbeiter, sondern **Künstler** sind Sänger und Schauspieler, aber auch die Musiker und Choristen an einem Theater (R.G. XVII, 91). Eine ähnliche Stellung haben Tierbändiger; auch bei ihnen liegt der Schwerpunkt in der Vorführung der eigenen Leistungen, nicht in der Herstellung eines Gewerbserzeugnisses des Unternehmers (R.G. XXXVII, 67). Nicht gewerbliche Arbeiter sind ferner diejenigen Werkmeister, welche nicht im (§. 59 Anm. Ia) Gewerbebetriebe eines Unternehmers mit einem gewissen Maße der Unterordnung und Unselbständigkeit beschäftigt sind, sondern außerhalb jenes Gewerbebetriebes selbständig dem Unternehmer gegenüberstehen (R.G. XXXVII, 280). Über die Stellung eines Fuhrmanns, der, ohne seine Selbständigkeit aufzugeben, sich vertraglich verpflichtet, die Fuhren für eine Fabrik während längerer Zeit zu leisten, s. R.G. XXXVIII, 114.

II. **Gesinde.** Für die Verhältnisse des Gesindes ist (mit Ausnahme einiger Bestimmungen) nicht das B.G., sondern Landesrecht maßgebend geblieben (Einf.-Ges. z. B.G. Art. 95). Für die landrechtlichen Provinzen Preußens kommt die Gesindeordnung v. 8. November 1810 (G.S. 101) zur Anwendung. Die Dienste müssen „häusliche oder wirtschaftliche" (§. 1 Gesinde-Ordnung) nicht höherer Art (§. 622 B.G., §. 177, 187 II, 5 L.R.) sein. Zum Gesinde sind Personen nicht zu rechnen, welche nicht in die häusliche Gemeinschaft der Herrschaft aufgenommen und ihrer Zucht (vgl. jedoch Einf.-Ges. z. B.G. Art. 95 Abs. 3) und der Hausordnung unterworfen sind (Str. Bd. 88 S. 221). Die Beziehung zur Familie und zum Haushalt muß eine enge sein (R.O.H. X, 298). Nicht zum Gesinde gehören daher z. B. Markthelfer und Kontorboten, Laufburschen, Stiefelputzer, Aufwartefrauen (Str. Bd. 88 S. 221).

III. **Schiffer, Schiffsmannschaft, Floßführer und Floßmannschaft.** Ihre Verhältnisse sind geordnet durch §. 511 ff. H.G.B., Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872 (R.G.Bl. 409), Binnenschiffahrtsgesetz v. 15. Juni 1895 (R.G.Bl. 301, in Einzelheiten geändert durch Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 12), Flößereigesetz v. 15. Juni 1895 (R.G.Bl. 341).

IV. **Öffentliche Beamte, Lehrer, Geistliche.** Für ihr Arbeitsverhältnis gelten (Einf.-Ges.

z. B.G. Art. 32, 43, 80, 81) die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes v. $\frac{\text{31. März 1873}}{\text{25. Mai 1887}}$ (R.G.Bl. $\frac{\text{1873 S. 61}}{\text{1887 S. 194}}$) und ergänzender Reichsgesetze sowie der Landesgesetze.

V. **Sonstige Bedienstete.** Für ihre Arbeitsverhältnisse sind die Vorschriften des B.G. über den Dienstvertrag (§§. 611—630), unter Umständen diejenigen über den Werkvertrag (§§. 631—651) maßgebend.

Anhang zum sechsten Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag.

Begriff.

§. 611. Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Theil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

Vergütung.

§. 612. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmässige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Nichtübertragbarkeit.

§. 613. Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.

Fälligkeit der Vergütung.

§. 614. Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Verzug des Dienstberechtigten.

§. 615. Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Werth desjenigen anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Vorübergehende Verhinderung des Dienstverpflichteten.

§. 616. Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Erkrankung des Dienstverpflichteten,

§. 617. Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im

Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältniss wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach §. 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses ausser Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.

Schutzvorschriften.

§. 618. Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Geräthschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§. 842 bis 846 entsprechende Anwendung.

§. 842. Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachtheile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt.

§. 843. Wird in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

Auf die Rente finden die Vorschriften des §. 760 Anwendung. Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

§. 844. Im Falle der Tödtung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.

Stand der Getödtete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getödtete während der muthmasslichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschriften des §. 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.

§. 845. Im Falle der Tödtung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschriften des §. 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung.

§. 846. Hat in den Fällen der §§. 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden auf den Anspruch des Dritten die Vorschriften des §. 254 Anwendung.

§. 254. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des §. 278 findet entsprechende Anwendung.

Unabänderbarkeit durch Vertrag.

§. 619. Die dem Dienstberechtigten nach den §§. 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Dauer des Dienstverhältnisses.

§. 620. Das Dienstverhältniss endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.

Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Theil das Dienstverhältniss nach Massgabe der §§. 621 bis 623 kündigen.

Kündigungsfrist

bei Bemessung der Vergütung nach Zeit.

§. 621. Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluss einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluss eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluss eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig.

bei höheren Angestellten mit festen Bezügen.

§. 622. Das Dienstverhältniss der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniss vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, kann nur für den Schluss eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist.

wenn Vergütung nicht nach Zeit bemessen.

§. 623. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann das Dienstverhältniss jederzeit gekündigt werden; bei einem die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältniss ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten.

bei Eingehung auf Lebenszeit oder auf länger als 5 Jahre.

§. 624. Ist das Dienstverhältniss für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Fortsetzung nach Ablauf.

§. 625. Wird das Dienstverhältniss nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Theiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Theil unverzüglich widerspricht.

Unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde.

§. 626. Das Dienstverhältniss kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Unbefristete Kündigung bei nicht festen Vertrauensstellungen.

§. 627. Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist die Kündigung auch ohne die im §. 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig.

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, dass sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Folgen unbefristeter Kündigung.

§. 628. Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältniss auf Grund des §. 626 oder des §. 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles dazu veranlasst zu sein, oder veranlasst er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Theiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen in Folge der Kündigung für den anderen Theil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Massgabe des §. 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlasst, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

§. 347. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von

dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.

Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes.

§. 629. Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

Zeugnis.

§. 630. Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Theile ein schriftliches Zeugniss über das Dienstverhältniss und dessen Dauer fordern. Das Zeugniss ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken.

Haftung für Verschulden des Vertreters bei Verbindlichkeitserfüllung.

§. 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §. 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

§. 276 Abs. 2. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

Haftung für widerrechtliche Schadenzufügung des Vertreters.

§. 831. Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

Vgl. auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über einen **Dienstvertrag der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat,** abgedruckt unten hinter §. 92 H.G.B.

Bisherige Dienstverträge.

Einf.Ges. z. B.G. Art. 171. Ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehendes Mieth-, Pacht oder Dienstverhältniss bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Siebenter Abschnitt.

Handlungsagenten.

§. 84.

Begriff des Handlungsagenten. Pflichten.

Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 75. **Entw. II** §. 82.

§. 84.

I. **Begriff des Handlungsagenten.**

a. **Vermittelungsagent und Abschlußagent.** Der §. 84 unterscheidet diese beiden Arten von Handlungsagenten. (Ebenso bereits R.O.H. II, 303.) Die §§. 86—92 beziehen sich auf beide Arten, der §. 85 nur auf erstere Art der Agenten. Beide sind Kaufleute (§. 1 Abs. 2 Ziff. 7), bei geringem Agenturbetrieb allerdings Minderkaufleute (§. 4; Denkschr. 68); sie sind selbständige Gewerbetreibende (Denkschr. 67). Der Abschlußagent ist Handlungsbevollmächtigter (und auf ihn finden daher — soweit für Handlungsagenten nichts Abweichendes bestimmt ist — die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte Anwendung. Denkschr. 69), der Vermittelungsagent als solcher nicht; ersterer handelt in fremdem Namen, letzterer in eigenem; die Stellung des ersteren nähert sich derjenigen eines Handlungsgehilfen, die Stellung des letzteren derjenigen eines Handlungsmaklers. Dadurch, daß der Abschlußagent in fremdem Namen abschließt, unterscheidet er sich vom Kommissionär (Denkschr. 67).

b. **Ständig damit betraut, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein.** Die Begriffsbestimmung des Handlungsagenten nimmt auf die Begriffsbestimmung des Handlungsgehilfen (§. 59 Anm. I) Bezug. Nach Denkschr. 67 unterscheidet das dauernde Verhältnis zu einem oder mehreren Handlungshäusern und die sich daraus ergebende Verpflichtung, nur das Interesse der einen Vertragspartei zu vertreten, den Handlungsagenten vom Handlungsmakler. Die Grenze läßt sich aber wohl noch schärfer ziehen; der Abschlußagent ähnelt überhaupt nicht dem Handlungsmakler; Vermittelungsagent ist aber nicht jeder, der ständig von bestimmten Geschäftsherren mit Aufträgen betraut wird, sondern nur wer auf Grund eines Vertragsverhältnisses (Gegensatz: §. 93) so betraut wird. Ein Vertragsverhältnis kann allerdings auch bei dem Agenturvertrage durch stillschweigende Willenserklärungen zustande kommen (R.O.H. II, 333). Die Grenze zwischen dem Handlungsagenten und dem Handlungsgehilfen ist im Gesetze nicht durch bestimmte äußere Merkmale festgestellt. „Wesentlich ist, daß der Agent nicht ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Handlungshauses bildet, sondern als selbständiger Gewerbetreibender thätig wird...... Der Agent erhält in der Regel nur Provision, der Handlungsgehilfe dagegen festes Gehalt, daneben freilich oft auch Provision oder Tantieme; der Agent dient oft gleichzeitig mehreren Firmen, während dies beim

Gehilfen nur selten vorkommen wird; der Agent ist meist an fremdem Orte thätig; er trägt seine Geschäftsunkosten selbst, wird insbesondere die Miete für seine Geschäftsräume in der Regel aus eigenen Mitteln entrichten, während sich alles dieses beim Handlungsgehilfen anders verhält" (Denkschr. 67). — Daraus, daß das Verhältnis des Agenten zu seinem Machtgeber ein ständiges ist, folgt, daß wenn der Agent in Bezug auf von ihm abgeschlossene oder vermittelte Geschäfte neue Aufträge von dem Dritten zur Übermittelung an jenen Machtgeber übernimmt, der Agent hierbei als Agent des letzteren, nicht als Bevollmächtigter des Dritten handelt (R.G. XII, 17). — Der Antrag wurde abgelehnt, die Bestimmungen des Abschnitts über Handlungsagenten auch auf Geschäfte für anwendbar zu erklären, die ein Agent im Betriebe seines Handelsgewerbes ohne ständig damit betraut zu sein, oder die ein Kaufmann, der nicht Handlungsagent ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes für andere abschließt oder vermittelt. Für dergleichen Gelegenheitsgeschäfte kommt §. 354 H.G.B. und ergänzend das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung (K.B. 51).

c. Für das **Handelsgewerbe** eines anderen. Vgl. §. 59 Anm. I b. Handlungsagenten sind daher nicht nur die Warenagenten, sondern auch die Versicherungs-, Auswanderungs- und Beförderungsagenten, nicht aber z. B. die Agenten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit (§. 1 Anm. III C Ziff. 3), für welche indessen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Handlungsagenten nicht ausgeschlossen, und bezüglich deren die Aufnahme einer ausdrücklichen dies anordnenden Bestimmung in das künftige Reichsversicherungsgesetz in Aussicht genommen ist (Denkschr. 68). Ein Antrag, dies Begriffsmerkmal zu streichen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt (K.B. 48).

d. **Gegen Vergütung.** Dies Merkmal ist nicht ausdrücklich, wie bei den Handlungsgehilfen („gegen Entgelt"; §. 59 Anm. I e), in die Begriffsbestimmung aufgenommen; daß aber eine Vergütung gewährt wird, setzt §. 88 voraus. (Vgl. auch K.B. 47: der Agent sei nicht „Beauftragter" nach §§. 662 ff. B.G.)

II. **Pflichten des Handlungsagenten.** Auf die Handlungsagenten finden außer den besonderen Vorschriften des H.G.B. die allgemeinen Vorschriften des B.G. Anwendung. Nicht indessen die Bestimmungen über den Auftrag, da nach §. 662 B.G. der „Auftrag" eine unentgeltliche, das Agenturverhältnis eine entgeltliche (oben Anm. Id) Geschäftsbesorgung voraussetzt. Über die entsprechende Anwendbarkeit einiger Bestimmungen über Auftrag s. B.G. §. 675, abgedruckt unten hinter H.G.B. §. 92.). Auch nicht die Bestimmungen über den Dienstvertrag (R.G. XXXI, 60), denn diese Bestimmungen beziehen sich nur auf unselbständige Dienstleistende, d. h. solche Dienstleistende, die entsprechend der Art der verlangten Dienste — von Ausnahmefälle abgesehen — nur einem Dienstgeber innerhalb bestimmter Zeitabschnitte Dienste leisten. Vielmehr in erster Reihe die Bestimmungen über den Werkvertrag (B.G. §§. 631 ff.; vgl. jedoch R.G. XXXI, 60), wenn dieselben auch zunächst andere thatsächliche Verhältnisse berücksichtigen und daher in vielen Einzelheiten nur entsprechend anwendbar sind. Für Vermittelungsagenten müssen in zweiter Reihe auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Maklervertrag (B.G. §. 652) für anwendbar erachtet werden, denn, wie aus §. 654 hervorgeht, sollen sie auch den Fall umfassen, in welchem der Makler nur für einen, nicht für beide Teile (wie der „Handelsmakler"), thätig gewesen ist. Das R.G. (XXXI, 60, XXXVI, 200) erachtet nach bisherigem Recht den Agenturvertrag weder für einen Dienst-, noch für einen Werkvertrag, sondern für ein gesellschaftsähnliches Verhältnis. Die letztere Betrachtungsweise erscheint jedoch jedenfalls unanwendbar auf das Verhältnis der Vermittelungsagenten; aber auch die Abschlußagenten sind nicht nach Art von Gesellschaftern gleichgeordnet dem Geschäftsherrn, sondern

ihm untergeordnet, Abschlußagent und Geschäftsherr verfolgen einen gemeinsamen Zweck (B.G. §. 705) nicht in höherem Grade als die Vertragsparteien bei jedem Vertrage. — Besonders sind in §. 84 folgende Pflichten hervorgehoben:

a. **Wahrnehmung des Interesses des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** Diese Pflicht folgt schon aus dem allgemeinen Grundsatz des §. 347 (Denkschr. 68). Unter anderem gehört hierzu die Pflicht, sich eines schädigenden Wettbewerbes durch Geschäfte für eigene Rechnung oder durch Übernahme gleichartiger Vertretungen für andere Geschäftsherrn — soweit derartiges in dem betreffenden Geschäftszweig nicht üblich ist — zu enthalten (Denkschr. 69). Ferner in der Regel (Ausnahmen in einzelnen Geschäftszweigen R.O.H. XXII, 122) die Pflicht, die Zahlungsfähigkeit der Personen, mit denen der Handlungsagent Geschäfte abschließt oder vermittelt, nach Möglichkeit zu prüfen. Der Agent, auch der Vermittelungsagent, hat in dieser Beziehung eine besondere Erkundigungspflicht; das bloße Überschreiben eines Kaufangebots ohne die Erwähnung etwa vorliegender Bedenken über die Borgwürdigkeit des Käufers enthält die Versicherung, daß dergleichen Bedenken nicht vorliegen, woraus indessen nicht folgt, daß der Agent (wenn er nicht Delkredere übernommen hat) für den Erfolg seiner Erkundigung haftet (R.O.H. XXII, 123). Die Pflicht der Berichterstattung liegt dem Agenten auch dann ob, wenn er von dem Eintritt der Borgunwürdigkeit zwar erst nach Abschluß des Vertrages aber doch noch zu einer Zeit Kunde erhält, in welcher dem Machtgeber noch die Möglichkeit gegeben ist, Maßregeln zur Wahrung seines Interesses zu ergreifen (R.G. XVIII, 112) — Den Agenten trifft die Beweislast (R.OH. VI, 216).

b. **Berichterstattung. Unverzügliche Anzeige von Geschäftsabschlüssen.** Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (B.G. §. 121). Der Antrag, eine feste Frist von einer Woche für die Anzeige von Geschäftsabschlüssen zuzugestehen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt (K.B. 48). Die Denkschr. 68 bemerkt: „Besonderer Vorschriften über die Pflicht des Agenten, Auskunft zu erteilen, die Anweisungen des Geschäftsherrn zu befolgen, Rechenschaft abzulegen und eingenommene Gelder herauszugeben, bedarf es nicht; in dieser Hinsicht genügen die Vorschriften der §§. 665—668 B.G." Nach dem oben im Eingang der Anm. II Bemerkten ist zwar nicht zuzugeben, daß die §§. 665—668 B.G., da sie vom „Auftrag" handeln, unmittelbar anwendbar sind; indessen sind sie entsprechend anwendbar gemäß B.G. §. 675 (abgedruckt unten hinter H.G.B. §. 92). Die Nichtmitteilung von Gerüchten über eine schlechte Vermögenslage des Kunden begründet keine Verantwortlichkeit des Agenten, wenn dieser voraussetzen konnte, daß die Kenntnis derselben auf den Entschluß des Machtgebers, mit dem Kunden in Geschäftsverbindung zu treten, keinen Einfluß gehabt haben würde (Bolze Bd. 15 Nr. 311).

§. 85.

Abschlüsse durch Vermittelungsagenten.

Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntniß erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 83.

§. 85.

Das Gesetz enthält keine Vorschrift dahin, daß der Agent im Zweifel Abschlußagent sei;

vielmehr soll in dieser Beziehung entscheidend sein, welche Vollmacht thatsächlich erteilt ist (Denkschr. 69). Die Warenverkaufs-Agenten und die Versicherungsagenten sind meist nur Vermittelungsagenten (Denkschr. 69, R.O.H. V, 169, XIX, 86, XXII, 375). Überschreitet ein Vermittelungsagent seine Vollmacht, indem er als Abschlußagent auftritt, so soll die Vorschrift des §. 85; Dritte schützen (Denkschr. 70). „Unverzüglich“ = ohne schuldhaftes Zögern (B.G. §. 121).

§. 86.

Vollmacht der Agenten mit festem Sitz.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders ertheilt ist.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II §. 84.**

§. 86.

I. **Agenten mit fester Geschäftsniederlassung.** Nur auf derartige Agenten im Gegensatz zu Agenten, welche Handlungsreisende sind (§. 87), bezieht sich der §. 86. Im Abs. 1 giebt er eine Vorschrift, welche der für handlungsbevollmächtigte Reisende (§. 55 Abs. 2) entgegengesetzt ist; die Vorschrift des Abs. 2 stimmt mit der für handlungsbevollmächtigte Reisende gegebenen (§. 55 Abs. 3) im wesentlichen (nur das „anwesend“ ist in §. 86 fortgefallen) überein. Der § 86 bezieht sich sowohl auf Vermittelungs- wie auf Abschlußagenten.

II. **Umfang der Vollmacht.** Zu beurteilen nach dem am Sitze des Agenten geltenden Recht und den dort herrschenden Handelsgebräuchen und Verkehrsanschauungen, soweit die Stellung des Agenten gegenüber Dritten in Betracht kommt, die mit ihm am Orte der Agentur verkehren (R.G. XXXVIII, 196). Ist der Sitz in Deutschland, so gilt das Folgende:

a. **Entgegennahme von Erklärungen** s. §. 55 Anm. II c. Derartige Erklärungen können dem Handlungsagenten gegenüber, auch wenn er nicht anwesend ist, abgegeben werden (anders bei Handlungsreisenden; §. 87, 55 Abs. 3). Dies gilt auch bezüglich des Vermittelungsagenten (anders nach bisherigem Recht; R.O.H. XV, 271, wogegen Staub 5. Aufl. Buch I Zus. 2 §. 4).

b. **Im übrigen nur der gesetzliche Umfang der Handlungsvollmacht** (§. 54 Anm. II; P. 88, 108). Der §. 86 Abs. 1 entscheidet einen Zweifel dahin, daß die Handlungsvollmacht, welche einem Handlungsagenten mit fester Geschäftsniederlassung erteilt ist, gewöhnlich nicht mit sich bringt, die Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn und die nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfristen (anders bei Handlungsreisenden; §§. 87, 55 Anm. IIa, b). Die Befugnis zu den letzterwähnten Rechtshandlungen kann jedoch (wie jede Vollmacht, die den gesetzlichen Umfang der Handlungsvollmacht überschreitet; §. 54 Anm. III) besonders (Gegensatz: ausdrücklich; §. 49 Anm. IIIa) erteilt werden. Insoweit gelten mithin auch die Bestimmungen des §. 54 Abs. 3 über den Einfluß des Kennens oder Kennenmüssens Dritter von einer Beschränkung der Handlungsvollmacht. So kann z. B., auch soweit der Handlungsagent zum selbständigen Abschluß ermächtigt ist, der Vertragsgegner sich auf ein Abkommen mit ihm nicht berufen, wenn ihm bekannt ist, daß der Agent durch seine Zusage die ihm vom Geschäftsherrn erteilte Vollmacht überschreitet; so wenn der Geschäftsherr seinen gegenteiligen

Willen dem Dritten bereits ausdrücklich erklärt hat (R.G. XXXVI, 42). Anders bei Überschreitung nur der Dienstanweisung ohne Überschreitung der Vollmacht. In den Grenzen der Vollmacht auch des Vermittelungsagenten liegt es, daß er dem Dritten Auskunft über die Grundlagen des einzugehenden Geschäftsverkehrs giebt; deshalb muß der Geschäftsherr die durch den Agenten vermittelten und ihm als solche bekannten Geschäfte so gelten lassen, wie sie von dem Dritten nach den mit dem Agenten gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein konnten, gleichviel ob der Geschäftsherr die von dem Agenten dem Dritten gemachten Eröffnungen (z. B. daß die Geschäfte reine Differenzgeschäfte sein sollten) kannte oder nicht (R.G. XXX, 30, 214). — In der widerspruchslosen Duldung der Annahme von Teilzahlungen auf eine Forderung oder von einzelnen Zahlungen in laufender Geschäftsverbindung oder von Zahlungen anderer Kunden liegt in der Regel keine „besondere Ermächtigung" zur Annahme der Restforderung bezw. sonstiger Zahlungen (R.O.H. XIX, 127; dagegen R.O.H. IX, 105, XIII, 212). Eine vertragliche Pflicht, die Einkassierung zu besorgen, ist an sich keine genügende Vollmacht zur Einkassierung (R.O.H. XIX, 126).

§. 87. **Vollmacht des reisenden Agenten.**

Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender thätig, so finden die Vorschriften des §. 55 Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 85.

§. 87.

Vgl. die Anmerkungen zu §. 55.

§. 88. **Provisionsanspruch.**

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein Anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben.

Ist die Ausführung eines Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs statt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 77. **Entw. II** §. 86.

§. 88.

I. **Entstehung des Provisionsanspruchs.**

a. Soweit nicht ein anderes vereinbart ist. In erster Reihe gilt die Parteiabrede (Beispiel bei Bolze Bd. 21 Nr. 413). Nur soweit eine solche nicht getroffen ist,

kommen die Bestimmungen des §. 88 (insoweit auch nur Abs. 2) zur Anwendung. Nicht selten ist z. B. die Abrede, daß der Agent einen Bruchteil des von ihm über bestimmte Normalpreise hinaus erzielten Preisüberschusses erhalten solle (R.O.H. XVIII, 2); diese Gestaltung entspricht der Gewährung eines Reingewinnsanteiles an Handlungsgehilfen (§. 59 Anm. II b).

b. **Für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft.** (Ebenso beim Kommissionär; §. 396). Die Ausführung wird vom Abschluß unterschieden. Unter „**Ausführung**" wird man „beiderseitige Erfüllung der wesentlicheren Vertragsbestimmungen" zu verstehen haben. Ob zur „Ausführung" die vollständige Abwickelung der beiderseitigen Leistungen gehöre, wollte das Gesetz nicht für alle Fälle gleichmäßig entscheiden (P. 1206, Denkschr. 71); unter Umständen wird daher hierzu ein Weniger als die vollständige Erfüllung gehören (R.O.H. XX, 325), namentlich auch eine Abwickelung in anderer Art als ursprünglich vereinbart (Str. Bd. 48 S. 140). Nur für Verkaufsagenten ist die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen, die Vertragsabrede sei im Zweifel dahin auszulegen, daß die Provision erst nach Eingang der Zahlung verdient sei. Ist die Ausführung nur teilweise erfolgt, und hat die Teilausführung selbständigen wirtschaftlichen Wert, so erhält im Zweifel der Agent Provision von dem ausgeführten Teile. Ausdrücklich ist dies in §. 88 Abs. 1 nur für Verkaufsagenten ausgesprochen, aber allgemeiner anwendbar. Der Geschäftsherr kann in solchen Fällen (mangels etwaiger entgegengesetzter Abrede) nicht die Zahlung der ganzen Provision verweigern, weil nur ein Teil ausgeführt sei; vorbehalten bleibt ihm selbstverständlich die Aufrechnung mit seinem Schadensersatzanspruch bei etwa vorliegendem Verschulden des Agenten (Denkschr. 71). Der §. 88 Abs. 2 enthält eine **Ausnahme** von der Regel, daß die Provision erst bei Ausführung des Geschäfts verdient ist. Sie ist auch dann verdient, wenn, ohne daß wichtige Gründe in der Person des Dritten vorlagen, infolge eines Verhaltens des Geschäftsherrn die Ausführung ganz oder teilweise unterbleibt. Was „**wichtige Gründe**" sind, hängt namentlich von den wirtschaftlichen Zwecken des betreffenden Vertrages ab. So ist unter Umständen wichtiger Grund ein Verhalten gegen Treu und Glauben (z. B. ein chikanöses Verhalten) oder ein ehrenrühriges Verhalten in früheren Fällen, oder bereits aus anderem Anlaß bestehende geschäftliche Streitigkeiten zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, beim Verkauf auf Borg und in ähnlichen Fällen auch die Borgunwürdigkeit des Dritten. Ein Unterbleiben „**infolge eines Verhaltens des Geschäftsherrn**" liegt sowohl dann vor, wenn der Geschäftsherr seinerseits nicht ausführen will, wie dann, wenn infolge schuldhaften Verhaltens des Geschäftsherrn der Dritte die Ausführung unterläßt, und auch z. B. dann (Str. Bd. 48 S. 140), wenn ohne wichtigen Grund in der Person des Dritten ein Vergleich oder sonstiger Vertrag über Nichtausführung geschlossen wird. Bei Nichtausführung wegen einer ohne Verschulden des Geschäftsherrn eingetretenen Unmöglichkeit der Ausführung, z. B. bei zufälligem Untergang der verkauften Sache, ist Provision nicht verdient (R.G. XXXVI, 200). Der Abs. 2 ist anwendbar sowohl auf Abschlußagenten wie auf Vermittelungsagenten. Seine Bestimmung wird aber, wie sich aus dem Wortlaut ergiebt, erst von dem Zeitpunkt an wirksam, zu welchem der Abschluß erfolgt ist („mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist"). Da nun bei Vermittelungsagenten der Abschluß nicht schon durch den Agenten, sondern erst durch den Geschäftsherrn erfolgt, so ist §. 88 Abs. 2 nicht anwendbar auf die Vorbereitung des Geschäftsabschlusses durch den Vermittelungsagenten; der Geschäftsherr ist in diesem Falle zur Entrichtung der Provision nur dann verpflichtet, wenn er das ihm überschriebene Geschäft für vorteil-

haft erachtet und demgemäß den Abschluß bewirkt (Denkschr. 71), nicht aber, wenn er ohne Verstoß gegen Treu und Glauben (B.G. §. 157), z. B. wegen eines in seiner Person eingetretenen Grundes, den Abschluß unterläßt.

c. **Durch die Thätigkeit des Agenten zustande gekommen.** Hierunter fallen nicht nur diejenigen einzelnen Geschäfte, welche der Agent abgeschlossen bezw. vermittelt hat, sondern auch die Geschäfte mit denjenigen Kunden, welche ursprünglich durch den Agenten dem Geschäftsherrn zugeführt worden sind, später aber infolge der begonnenen Geschäftsverbindung unmittelbar mit dem Geschäftsherrn gleichartige Verträge schließen. Denn auch diese Geschäfte sind nicht ohne seine Thätigkeit zustande gekommen. Häufig wird allerdings das Gegenteil vertraglich festgesetzt sein. — Auch dann ist ein Geschäft durch die Thätigkeit des Agenten zustande gekommen, wenn beim Abschlußagenten der Abschluß, beim Vermittelungsagenten die Übermittelung noch vor Erlöschen des Agenturverhältnisses stattgefunden hat; unerheblich ist, ob vor Erledigung der späteren Abschnitte der Geschäftsabwickelung (beim Vermittelungsagenten: Abschluß; bei beiden Arten von Agenten: Ausführung des Geschäfts durch den Machtgeber und Eingang der Gegenleistung) das Agenturverhältnis erloschen ist. Das Gegenteil scheint allerdings in §. 88 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich für Verkaufsagenten verordnet zu sein. Es kann zweifelhaft sein, ob — was wahrscheinlich — nur eine unbeabsichtigte ungenaue Fassung vorliegt und das „erworben" nur „als unbedingter erworben" heißen soll, oder ob etwa darauf Rücksicht genommen werden sollte (wodurch aber höchstens ein kleiner prozentualer Abzug von der Provision sich rechtfertigen würde), daß der Agent auch noch bei Abwickelung des Geschäfts eine Thätigkeit auszuüben hat. Jedenfalls schließt aber §. 88 Abs. 1 Satz 2 für den Einzelfall die Annahme eines gegenteiligen Parteiwillens nicht aus, und sollte man jene Bestimmung streng ihrem Wortsinn gemäß auslegen müssen, so wird ein solcher gegenteiliger Parteiwille häufig anzunehmen sein.

II. **Zeitpunkt der Fälligkeit. Abrechnung.** Die Fälligkeit tritt ein im Falle des §. 88 Abs. 1 sobald die Ausführung erfolgt ist, im Falle des §. 88 Abs. 2 sobald die Nichtausführung feststeht. Nach Abs. 4 soll die Provisionsabrechnung, wenn nichts anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres stattfinden. Die Zeit der Abrechnung ist ohne Einfluß auf die Zeit der Fälligkeit. Der Agent kann daher Zinsen von den einzelnen Posten seit Fälligkeit fordern (§. 353), im Zweifel auch Zahlung des Provisionsbetrages vor dem Abrechnungstage (vgl. den entsprechend anzuwendenden §. 355 Abs. 3).

III. **Höhe des Provisionsanspruchs.** In erster Reihe gilt die Parteiabrede, in zweiter die Üblichkeit. Bei Zuschlägen zu den Preisen des Kataloges (z. B. wegen Lieferung frei ah dritten Ort, während die Preise frei Niederlassung des Verkäufers berechnet sind) ist die Provision im Zweifel auch von den Zuschlägen zu entrichten (Bolze Bd. 21 Nr. 414). Die Provision ist nur von dem wirklich eingegangenen Betrage (§. 88 Abs. 1), also nach Abzug von Skonto, Rabatt und unverschuldeten Retouren, zu entrichten.

§. 89. **Bezirksagent.**

Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

A.D.H. — **Entw. I** §. 78. **Entw. II** §. 87.

§. 89.

I. **Für einen bestimmten Bezirk bestellt.** Eine solche Bestellung liegt nur vor, wenn dem Agenten vertraglich ein bestimmtes begrenztes Arbeitsfeld zugewiesen ist, nicht aber, wenn der Geschäftsherr einseitig den Agenten thatsächlich nur in bestimmten Gebieten verwendet.

II. **Ausdrücklich** muß die Bestellung und Abgrenzung erfolgt sein. Dies Erfordernis ist zur Vermeidung von Streitigkeiten aufgestellt (Denkschr. 72).

III. **Im Zweifel.** Der §. 89 enthält nur eine Auslegungsvorschrift für unklare Vertragsbestimmungen, wirkt aber als solche sowohl soweit er dem Agenten Rechte gewährt wie auch soweit er dessen Rechte beschränkt.

IV. **Auch** für innerhalb des Bezirks ohne seine Mitwirkung geschlossene Geschäfte gebührt dem Agenten Provision. Der §. 89 enthält mithin für Bezirksagenten nicht eine Abänderung des §. 88 Abs. 1, sondern nur die Bestimmung, daß einem Bezirksagenten außer in den Fällen des §. 88 Abs. 1 auch noch unter den Voraussetzungen des §. 89 Provision zusteht.

V. **In dem Bezirk geschlossen** sind nur diejenigen Geschäfte, bei denen Antrag und Annahme räumlich innerhalb des Bezirks erfolgt sind. Nicht etwa alle Geschäfte mit Kunden, deren Wohnsitz oder Niederlassung, für welche das Geschäft abgeschlossen ist, innerhalb des dem Agenten zugewiesenen Bezirks liegt, ohne Rücksicht darauf, ob der Abschluß z. B. durch einen über jenen Bezirk hinausreichenden Briefwechsel oder unter Anwesenden an dem außerhalb des Bezirks gelegenen Geschäftssitz des Machtgebers des Agenten geschieht. Unter Umständen kann der Bezirksagent jedoch auch für die außerhalb des Bezirks geschlossenen Geschäfte auf Grund des §. 88 Abs. 1 Provision fordern, wenn sie nämlich durch seine Thätigkeit zustande gekommen sind (§. 89 Anm. IV, §. 88 Anm. I c), oder auch — was zulässig ist, da §. 89 nur eine Auslegungsvorschrift enthält — der Vertragswille wird in besonders gearteten Fällen dahin auszulegen sein, daß die unter Umgehung des Agenten außerhalb des Bezirks mit innerhalb des Bezirks angesessenen Kaufleuten abgeschlossenen Geschäfte gleichfalls provisionspflichtig sind. (Sehr weitgehend Bolze Bd. 19 Nr. 462: Die Abrede, daß dem Agenten der alleinige Verkauf an in Hamburg etablierte überseeische Transporthäuser übertragen sei, berechtige ihn zum Anspruch auf Provision für die auf Bestellung einer überseeischen Firma, deren Inhaber dieselben wie die einer anderen Hamburger Firma sind, von dem Machtgeber unmittelbar an die überseeische Firma gelieferten Waren). — Die Entscheidung der Frage, ob ein Bezirksagent vom Geschäftsherrn Schadensersatz verlangen kann, falls dieser infolge veränderter geschäftlicher Entschließungen überhaupt keine Geschäfte mehr in dem Bezirk des Agenten machen will, sollte, da die einzelnen Fälle verschieden liegen können, der Rechtsprechung überlassen bleiben (Denkschr. 72).

VI. **Ohne seine Mitwirkung.** Der Bezirksagent braucht nicht bei den durch den Geschäftsherrn oder andere (z. B. andere Agenten) im Bezirk abgeschlossenen Geschäfte mitzuwirken. Dennoch muß er selbst auch thätig im Bezirk sein, namentlich ausreichende Bemühungen für die Aufsuchung von Geschäftsgelegenheiten aufwenden. Inwieweit der Geschäftsherr wegen Unterlassung der letzterwähnten Thätigkeit seitens des Bezirksagenten und des hierdurch erforderlich gewordenen umfangreicheren Abschließens ohne dessen Mitwirkung die Zahlung der an sich dem Agenten zustehenden Provision aus den ohne dessen Mitwirkung zustande gekommenen Geschäften weigern kann, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden (Denkschr. 72). Ein Verzicht oder eine stillschweigende Anerkennung liegt auf seitens des Agenten nicht schon unter allen Umständen darin, daß er bei den einzelnen Abrechnungen seine Ansprüche auf die Provision aus den ohne seine Mitwirkung zustande gekommenen Geschäften nicht besonders geltend gemacht hat,

vorausgesetzt, daß er nur überhaupt zu verstehen gegeben hatte, daß ihm ein diesbezüglicher Provisionsanspruch zustehe (Bolze Bd. 22 Nr. 385).

§. 90. **Kosten und Auslagen.**

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 79. **Entw. II** §. 88.

§. 90.

I. **Kosten und Auslagen.** Hierzu gehören z. B. Auslagen bei Reisen, soweit dieselben zum regelmäßigen Geschäftsbetrieb gehören, Fracht-, Porto- und Depeschenauslagen, Miete bei Einrichtung eines Musterlagers. Die Regelung, wonach der Agent die Kosten und Auslagen selbst tragen muß, entspricht der Behandlung desselben als eines selbständigen Kaufmannes (Denkschr. 72). Ein abweichender Handelsgebrauch besteht vielfach bezüglich der Auslagen für Porto und Depeschen (Denkschr. 72). Auch die entgegengesetzten Vereinbarungen werden häufiger sein als die Fälle, in denen die Regel Geltung behält, z. B. die Vereinbarungen über Gewährung eines Pauschquantums für Reisespesen.

II. **Im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstanden.** Außerordentliche Auslagen des Agenten muß, unbeschadet anderweitiger Vertragsbestimmungen, der Geschäftsherr tragen, z. B. Auslagen des Warenagenten zum Schutze der Waren gegen ungewöhnliche Gefahren, oder Aufwendungen des Versicherungsagenten zur Rettung der versicherten Gegenstände (Denkschr. 72, B.G. §. 683, 684).

§. 91. **Buchauszug bei Abrechnung.**

Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mittheilung eines Buchauszugs über die durch seine Thätigkeit zu Stande gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach §. 89 die Provision gebührt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 80. **Entw. II** §. 89.

§. 91.

I. **Buchauszug.** Der Buchauszug muß namentlich erkennen lassen, welche von den überschriebenen Geschäften der Geschäftsherr ausgeführt (bezw. bei Vermittelungsagenten auch, welche er genehmigt) hat, wie hoch sich die Rechnungsbeträge belaufen, wieviel von der bedungenen Leistung des Vertragsgegners eingegangen ist, und im Fall des §. 89 auch, in welcher Ausdehnung Geschäfte im Bezirk des Agenten abgeschlossen sind (Denkschr. 72). In den Buchauszug sind mangels gegenteiliger Abrede nur die bereits abgewickelten, nicht die noch schwebenden Geschäfte aufzunehmen (Bolze, Bd. 16 Nr. 353). Beläge brauchen demselben nicht beigefügt zu werden (R.O.H. XVIII, 2). Ist der Buchauszug einmal erteilt worden, so braucht in der Regel die Erteilung nicht wiederholt zu werden.

II. **Bei der Abrechnung.** Hat eine Abrechnung einmal stattgefunden, so muß der Agent eine etwa behauptete Verheimlichung von Geschäften im einzelnen nachweisen (Bolze, Bd. 16 Nr. 352).

III. **Vorlegung der Handlungsbücher.** Der §. 91 enthält nichts über die Frage, ob der Agent außer der Mitteilung eines Buchauszuges auch die Vorlegung der Handlungsbücher fordern kann. Dies ist nach allgemeinen Grundsätzen (§. 45 Anm. III, §. 46) zu entscheiden. Hiernach ist ein Recht auf Vorlegung außerhalb eines Rechtsstreits zu verneinen (Denkschr. 73), außer soweit ein eigenes Konto des Agenten in Frage kommt.

IV. **Rechnungslegung.** Die Voraussetzungen für eine Rechnungslegungspflicht gemäß §. 259 B.G. liegen nicht vor (Denkschr. 72). — Der §. 91 setzt den Fall voraus, daß der Lohn des Agenten in einer Provision besteht; ist dem Agenten eine Gewinnbeteiligung (z. B. mit der Beschränkung auf die von ihm zustande gebrachten Geschäfte) eingeräumt (R.O.H. XVIII, 2), so hat er etwas weiter gehende Rechte. (Vgl. §. 59 Anm. II b.)

Kündigung.

§. 92.

Das Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 81. **Entw. II** §. 90.

§. 92.

I. **Vertragsverhältnis.** Der §. 92 bezieht sich nur auf die Kündigung des ganzen Agenturvertrages. Daneben bleibt nach allgemeiner Regel (B.G. §. 168, vgl. R.O.H. II, 332) zulässig der selbst unbefristete Widerruf der dem Agenten etwa erteilten Handlungsvollmacht ohne Aufhebung des Vertrages in allen übrigen Punkten, da das Agenturverhältnis einen solchen Widerruf nicht ausschließt. Welche Rechte der Agent aus einem solchen von ihm nicht verschuldeten Widerruf herleiten kann, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Auch wird in der Regel für den Agenten ein solcher Widerruf wichtiger Kündigungsgrund sein.

II. **Unbestimmte Zeit.** Vgl. §. 66 Anm. I. Ist die a. a. O. gegebene Auslegung des Vertragswillens bei einer Anstellung zur Probe richtig, so würde im Falle der Anstellung eines Handlungsagenten zur Probe keine Kündigungsfrist bei der Kündigung eingehalten zu werden brauchen. Denn (Denkschr. 73) während für Handlungsgehilfen abweichende Vereinbarungen nur in beschränktem Umfange gestattet sind, ist für Handlungsagenten die Vertragsfreiheit unberührt. — Ein Agenturvertrag auf bestimmte Zeit liegt vor z. B. bei einer Begrenzung auf gewisse Geschäftsperioden (R.O.H. II, 334).

III. **Kündigung.** Vgl. §. 66 Anm. II, §. 70 Anm. II.

IV. **Kündigungsfrist.** Vgl. §. 66 Anm. III.

V. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 70 Anm. I. Die Kündigung aus wichtigem Grunde ist zulässig bei jedem Agenturverhältnis, auch wenn es auf bestimmte Zeit geschlossen ist. Da der Handlungsagent nicht in so nahen Beziehungen zu seinem Machtgeber steht wie der Handlungsgehilfe zum Geschäftsherrn, und da der Handlungsagent als selbständiger Kaufmann dem Machtgeber als rechtlich Gleicher, nicht, wie der Handlungsgehilfe, als Untergebener, gegenübersteht, so sind die Gründe, die zu sofortiger Auflösung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen ausreichen würden, nicht immer schon wichtige Gründe zur Auflösung eines Agenturverhältnisses. Dies gilt namentlich von solchen Verfehlungen einer der Parteien, welche sich auf das persönliche Verhältnis zu einander beziehen. Die Beispiele der §§. 71, 72 sind daher nur zum Teil entsprechend anwendbar auf das Verhältnis des Handlungsagenten zum Machtgeber. Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Machtgebers erlischt das Recht und die Pflicht des Agenten zur Geschäftsbesorgung nach Maßgabe des in Aussicht genommenen §. 19a Konk.-Odg.; im übrigen bleibt das Vertragsverhältnis bestehen, kann jedoch von jedem Teile ohne Frist gekündigt werden, da der Konkurs über das

Vermögen des Machtgebers einen wichtigen Grund bildet (Denkschr. 73). Als wichtiger Grund zur Kündigung seitens des Machtgebers ist es anzusehen, wenn die äußeren Verhältnisse sich so ändern, daß er den Teil seines Betriebes, für welchen der Agent beschäftigt ist, dauernd nur noch mit Aufopferung eigenen Vermögens fortsetzen könnte. (R.G. XXXI, 61.) Ein wichtiger Grund ist auch die Erschütterung des Vertrauens in die Redlichkeit des Agenten bei Verzögerung in der Ablieferung von Geldern, auch stark ungehörige Äußerungen mündlich oder in Briefen (Bolze, Bd. 21 Nr. 411). Ferner die absichtliche Nichtübermittelung erteilter Bestellungen zu dem Zweck, um eine Änderung in der Geschäftsleitung herbeizuführen (Bolze, Bd. 21 Nr. 412). Ebenso eine erhebliche, nicht bloß in der Übereilung begangene Ehrverletzung (R.G. XXXII, 252).

Anhang zum siebenten Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Geschäftsbesorgung.

Geschäftsbesorgung gemäss Dienst- oder Werkvertrag.

§. 675. Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§. 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des §. 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Auftrag.

§. 662. Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.

Anzeigepflicht bei Ablehnung.

§. 663. Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

Unübertragbarkeit. Haftung für Vertreter und Gehilfen.

§. 664. Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach §. 278 verantwortlich.

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar.

§. 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §. 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

§. 276 Abs. 2. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

Abweichung von Weisungen.

§. 665. Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntniss der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Nachrichten, Auskunft, Rechnungslegung.

§. 666. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

Herausgabe des Empfangenen.

§. 667. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

Verzinsung bei Zuwiderhandlung.

§. 668. Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

Vorschuss.

§. 669. Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

Aufwendungen.

§. 670. Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

Widerruf, Kündigung.

§. 671. Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden.

Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat.

Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers.

§. 672. Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers. Erlischt der Auftrag, so hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

Tod des Beauftragten.

§. 673. Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten. Erlischt der Auftrag, so hat der Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

Unkenntnis des Beauftragten vom Erlöschen.

§. 674. Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muss.

Achter Abschnitt.

Handelsmäkler.

§. 93. **Begriff des Handelsmaklers.**

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiethe oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers.

Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

A.D.H. Art. 66, 67 Abs. 1. **Entw. I** §. 82. **Entw. II** §. 91.

§. 93.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Die im A.D.H. erwähnten „Handelsmakler" waren „amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte" (Art. 66 A.D.H.). Das Börsengesetz v. 22. Juni 1896 (R.G.Bl. 157) §. 34 Abs. 1 bestimmte (formell aufgehoben ohne die Absicht sachlicher Änderung durch E.G. z. H.G.B. Art. 14): „Für die Vermittelung von Börsengeschäften findet eine amtliche Bestellung von Handelsmaklern im Sinne des Artikels 66 des Handelsgesetzbuchs nicht statt; die bisher erfolgten Bestellungen verlieren ihre Wirksamkeit." Die amtliche Bestellung von Handelsmaklern für Vermittelung anderer Geschäfte als Börsengeschäfte ist durch das Börsengesetz nicht berührt, erfolgt aber thatsächlich wohl nicht. Das neue H.G.B. enthält überhaupt keine Vorschriften über amtlich bestellte Handelsmakler. Das H.G.B. versteht unter „Handelsmaklern" Vermittler bestimmter Art, gleichgiltig ob ihnen öffentliche Befugnisse übertragen sind oder nicht; die „Handelsmakler" des H.G.B. sind daher als solche nur Privathandelsmakler. (Das A.D.H. erwähnte die Privathandelsmakler nicht ausdrücklich, sondern erklärte nur in Art. 272 Ziff. 4 die „gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen" für Handelsgeschäfte, „die amtlichen Geschäfte der Handelsmakler jedoch nicht einbegriffen".) Unter Umständen können sie außerdem öffentliche Befugnisse verschiedener Art haben. Die durch das Börsengesetz §. 30 neugeschaffenen „Kursmakler" haben einen öffentlichen Auftrag nur „zur Mitwirkung bei der amtlichen Festsetzung des Börsenpreises von Waren und Wertpapieren". Sie „müssen" jedoch „solange sie die Thätigkeit als Kursmakler ausüben, die Vermittelung von Waren oder Wertpapieren betreiben" (Börsenges. §. 30). Insoweit sie letzteres thun, sind sie dann gleichzeitig „Handelsmakler" im Sinne des H.G.B. Auch andere Arten öffentlicher Aufträge können einem „Handelsmakler" im Sinne des H.G.B. erteilt werden. So erklären sowohl das B.G. wie das H.G.B. zur Vornahme gewisser Verkäufe oder Käufe nur solche Handelsmakler für befugt, welche dazu öffentlich ermächtigt sind; auch landesgesetzlich, z. B. zur Vornahme gewisser Schätzungen oder zur Abgabe von Gutachten über den Marktpreis von Waren, kann die öffentliche Bestellung bestimmter Handelsmakler in Frage kommen; in allen diesen Fällen erfolgt Auswahl und Bestellung durch die nach Landesrecht zuständigen Behörden (Denkschr. 75). In Preußen werden nach Handelskammerges. v.

24. Febr. 1870 (G. S. 134) / 19. August 1897 (G. S. 355) §. 40 an denjenigen Orten, an denen Handelskammern ihren Sitz haben, die Handelsmakler von den Handelskammern — unter Vorbehalt der Bestätigung des Regierungspräsidenten — ernannt. Vgl. auch §. 34 Börsenges. (Fassung gemäß E.G. z. H.G.B. Art. 14): „Die Kursmakler sind zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt, die durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmakler zu bewirken sind. Soweit eine Beeidigung der öffentlich bestellten Makler vorgeschrieben ist (z. B. bezüglich der Kursmakler in §. 30 Börsenges.), ist dies nur Ordnungsvorschrift; die amtliche Handlung (z. B. der Kauf oder Verkauf im Fall des §. 376 Abs. 3 H.G.B.) bleibt daher giltig auch wenn der amtende Makler unbeeidigt war (R.G. XVIII, 92). — Der Handelsmakler des H.G.B. ist Kaufmann nach §. 1 Ziff. 7.

II. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Soweit das H.G.B. keine Bestimmungen enthält, kommen ergänzend die Vorschriften des B.G. über den Maklervertrag (B.G. §§. 652 ff.) zur Anwendung. Letztere allein sind maßgebend (soweit nicht die Bestimmungen des H.G.B. über Handelsgeschäfte eingreifen) bei Vermittelung von Geschäften, welche nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen (§. 93 Abs. 2), selbst wenn die Vermittelung durch einen Handelsmakler erfolgt (Denkschr. 75). Zu beachten ist jedoch die Verschiedenheit, welche sich daraus ergiebt, daß das B.G. als Regel voraussetzt, daß der Makler nur im Verhältnis zu einer Partei vertraglich gebunden ist, während der Handelsmakler im Vertragsverhältnis zu beiden Parteien steht (Denkschr. 77).

III. **Begriff des Handelsmaklers.**

a. **Gewerbsmäßig.** Vgl. §. 1 Anm. III A.

b. **Ohne auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein.** Durch den Mangel eines Vertragsverhältnisses unterscheidet sich der Handelsmakler von dem Handlungsagenten (§. 84 Anm. I b) und dem Handlungsgehilfen. Für den Begriff des Handelsmaklers ist es unerheblich, ob eine ständige Beauftragung oder nur Beauftragung in Einzelfällen stattfindet; im Fall der Ständigkeit muß die letztere indessen nur eine thatsächliche, nicht auf einem Vertragsverhältnis beruhende sein.

c. **Vermittelung.** Die Handelsmakler haben nicht Handlungsvollmacht; sie sind nicht Vertreter der Parteien; sie schließen nicht die Geschäfte ab, sondern übermitteln nur die beiderseitigen Erklärungen; ihre Beteiligung an dem Abschluß ist nur eine thatsächliche, keine rechtlich für jenes Geschäft erhebliche (R.O.H. IV, 413). — Handelsmakler sind nicht solche Personen, die (wie es an der Börse vorkommt) sich zwar als Makler bezeichnen, aber in Wahrheit nicht Geschäfte vermitteln sondern nur Eigenhandel treiben (Denkschr. 77).

d. Vermittelung von **Verträgen.** Die hierin liegende Begrenzung bildet eine gewollte Unterscheidung gegenüber dem Maklervertrag des B.G. §. 652, welcher auch „den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages" zum Gegenstand haben kann (Denkschr. 75).

e. **Über Gegenstände des Handelsverkehrs.** Was zu den Gegenständen des Handelsverkehrs gehört, ist eine wirtschaftliche, keine rechtliche Frage. Ausdrücklich als nicht zu den Gegenständen des Handelsverkehrs gehörend sind im Abs. 2 die unbeweglichen Sachen bezeichnet; dagegen können an sich alle Arten beweglicher Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein (Denkschr. 10; §. 1 Anm. III C Ziff. 1 d). Als Beispiele hebt Abs. 1 hervor „Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren" (vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1), „Versicherungen" (hier ohne Ausschluß der Gegenseitigkeitsversicherungen; vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 3), „Güterbeförderungen"

(da dies nur ein Beispiel, so ist Personenbeförderung nicht ausgeschlossen, soweit im Einzelfall diese Beförderung als Gegenstand des Handelsverkehrs erscheint; vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 5), „Bodmerei" (§. 679), „Schiffsmiete". Daß das vermittelte Geschäft ein Handelsgeschäft (§. 343) sei, ist nicht notwendig, aber andererseits auch nicht genügend (Denkschr. 75). So z. B. ist nach Abs. 2 Handelsmakler nicht wer Kaufverträge über Grundstücke vermittelt, selbst soweit diese Kaufverträge Handelsgeschäfte für die Vertragsparteien sind (Denkschr. 75).

IV. **Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte.** Werden Geschäfte vermittelt, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen, so finden nach §. 93 Abs. 2 die Vorschriften des Abschnitts über Handelsmakler nicht Anwendung. Erfolgen derartige Vermittelungen gewerbsmäßig, so begründet dies nicht die Eigenschaft des Vermittlers als Handelsmakler, derartige Vermittler sind daher nicht Kaufleute gemäß §. 1 Ziff. 7 (vgl. für das bisherige Recht R.G. in Strss. XXV, 396), können sich jedoch unter Umständen gemäß §. 2 als Kaufleute eintragen lassen. Erfolgen derartige Vermittelungen — sei es gewerbsmäßig, sei es nur in Einzelfällen — durch jemand, der aus anderen Gründen Handelsmakler ist, so kommen zwar gleichfalls nicht die Bestimmungen des Abschnitts über Handelsmakler zur Anwendung, jene Vermittelungen sind jedoch in der Regel gemäß §. 343 Abs. 1, 344 Abs. 1 Handelsgeschäfte.

§. 94. **Schlußnote.**

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waaren oder Werthpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enhält.

Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmäkler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

A.D.H. Art. 73. **Entw.** I §. 83. **Entw.** II §. 92.

§. 94.

I. **Pflicht des Handelsmaklers zur Zustellung einer Schlußnote.** Die Übersendung der Schlußnote hat unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern B.G. §. 121) nach Abschluß des Geschäfts zu erfolgen. Die Giltigkeit des Geschäfts ist unabhängig von der nachträglichen Annahme oder Unterzeichnung einer Schlußnote durch die Partei (Art. 76 A.D.H., welcher jetzt als selbstverständlich fortgelassen ist; Denkschr. 78). Die Vorschrift, daß Schlußnoten zu erteilen sind, ist nur eine Ordnungsvorschrift, bei deren Vernachlässigung der Makler allerdings unter Umständen schadensersatzpflichtig werden kann (§. 98; Staub). Die Schlußnote ist nur ein Beweismittel, ähnlich wie ein Bestätigungsbrief über ein mündlich abgeschlossenes Geschäft. Die Annahme der Schlußnote durch die Partei ohne daß letztere sofort dem Inhalt widerspricht, wird in der Regel entweder genügend beweisen, daß die Partei bei Annahme glaubte, das Geschäft sei so, wie in der Schlußnote bekundet, abgeschlossen, oder sie wird doch eine Genehmigung des Inhalts enthalten selbst wenn feststeht, daß das Geschäft ursprünglich anders abgeschlossen war. Beide Schlußfolgerungen können indessen durch Gegenbeweis entkräftet

werden (R.O.H. XIII, 295). Die Weigerung der Annahme einer Schlußnote ist an sich unerheblich, kann jedoch unter Umständen als Beweismittel dafür dienen, daß schon damals die Partei, welche die Annahme weigert, glaubte, daß in der Schlußnote der Inhalt des Vertrages unrichtig beurkundet sei (P. 141). Nach §. 94 Abs. 3 hat im Fall einer Weigerung der Annahme (Abs. 1) oder Unterschrift (Abs. 2) der Schlußnote der Handelsmakler die Pflicht, der anderen Partei ohne schuldhaftes Zögern Anzeige zu machen.

Neben der allgemeinen Vorschrift des §. 94 bleibt bestehen (E.G. z. H.G.B. Art. 2 §. 2) die inhaltlich etwas abweichende **Sondervorschrift des §. 10 Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894** (R.G.Bl. 381) bezüglich der nach diesem Gesetz abgabepflichtigen Geschäfte:

„Der zur Entrichtung der Abgabe zunächst Verpflichtete hat über das abgabepflichtige Geschäft eine Schlußnote auszustellen, welche den Namen und den Wohnort des Vermittlers und der Kontrahenten, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere den Preis, sowie die Zeit der Lieferung ergeben muß. Die Unterschrift des Ausstellers ist nicht erforderlich.

Die Schlußnote ist doppelt auf einem vorher gestempelten oder mit den erforderlichen Stempelmarken zu versehenden Formular auszustellen, von dem je eine Hälfte für jeden der beiden Kontrahenten bestimmt ist. Spätestens am dritten Tage nach dem Tage des Geschäftsabschlusses hat der Aussteller der Schlußnote die nicht für ihn bestimmte Hälfte der letzteren, wenn derselbe die Schlußnote aber als Vermittler ausgestellt hat (§. 9 Ziffer 1), deren beide Hälften abzusenden.

Vermittler haben diese Absendung und den verwendeten Stempelbetrag in ihren Geschäftsbüchern zu vermerken.

Der zur Entrichtung der Abgabe zunächst Verpflichtete darf unversteuerte Schlußnoten über das abgabepflichtige Geschäft nicht ausstellen und aus der Hand geben."

Über die Schlußnoten des Reichsstempelgesetzes vgl. ferner daselbst §§. 11—15 u. Strafbestimmungen §§. 19—21.

II. **Ausnahmen vom Schlußnotenzwang.** Solche Ausnahmen bestehen:

a. sofern die Parteien dem Handelsmakler dies erlassen;

b. falls ein auf bestimmte Gattungen von Waren beschränkter diesbezüglicher Ortsgebrauch besteht;

c. für Warenmakler im Kleinverkehr (§. 104);

d. soweit ausnahmsweise der endgiltige Abschluß des vermittelten Geschäfts ohne Mitwirkung des Handelsmaklers geschehen ist (Denkschr. 77).

III. **Inhalt der Schlußnote.** Soweit überhaupt kein Schlußnotenzwang besteht (Anm. II), besteht auch kein Zwang bezüglich des Inhalts einer etwa dennoch erteilten Schlußnote. Das Erlassen durch die Parteien oder der Ortsgebrauch (Anm. II, a und b) kann auch dahin gehen, daß zwar eine Schlußnote zu erteilen, in dieselbe aber ein Teil des sonst vorgeschriebenen Inhalts nicht aufzunehmen ist. Nicht nur beiden Parteien gemeinsam, sondern auch einer von beiden steht es frei (vgl. z. B. den Fall des §. 95), auf Teile des vorgeschriebenen Inhalts der Schlußnote zu verzichten, z. B. wenn der Makler beauftragt war, bestimmte Thatsachen oder Namen vorerst der einen Partei nicht mitzuteilen (P. 130; dagegen Staub §. 2 zu Art. 73).

a. **Bezeichnung der Parteien.** Hat der Handelsmakler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten, so findet §. 95 Anwendung.

b. **Gegenstand und Bedingungen des Geschäfts.** In dem besonderen Fall eines Verkaufs von Waren oder Wertpapieren (§. 1 Anm. III C. Ziff. 1 d, e) soll hierzu gerechnet werden die Gattung und Menge des Verkauften, der Preis und die Zeit der Lieferung.

c. **Unterschrift.** Zu unterscheiden ist, ob das Geschäft sofort erfüllt werden sollte (Abs. 1), oder nicht (Abs. 2). Im ersteren Falle hat der Handelsmakler beide Schlußnoten zu unterzeichnen und je eine jeder Partei zu senden; im letzteren Falle hat der Handelsmakler die nicht unterschriebenen Schlußnoten den Parteien zu deren Unterzeichnung zu übermitteln und nach erfolgter Unterschrift die Urkunden zwischen den Parteien auszutauschen. Unter „Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen", werden hier alle Geschäfte verstanden, bei denen eine gewisse Zeit der Lieferung vertragsmäßig festgesetzt ist, nicht aber diejenigen, bei denen eine spätere Lieferungszeit nicht ausgemacht ist, die aber doch nicht sofort erfüllt zu werden pflegen, weil der Natur der Sache nach (z. B. bei großen Warenvorräten) oder nach Ortsgebrauch in allen Fällen eine kurze Frist für die Lieferung bewilligt wird (P. 130).

§. 95.

Vorbehalt nachträglicher Nennung des Vertragsgegners.

Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

Die Bezeichnung der anderen Partei hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen.

Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Handelsmäklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie Erfüllung verlange.

A.D.H. — **Entw. I** §. 84. **Entw. II** §. 93.

§. 95.

I. **Nimmt eine Partei eine Schlußnote an.** Zu der Annahme einer Schlußnote, in welcher der Vertragsgegner nicht benannt wird, ist die Partei im Zweifel nicht verpflichtet (Denkschr. 76). Die Bindung der Partei ist eine unmittelbare gegenüber dem zu benennenden Vertragsgegner, nicht etwa nur eine Bindung gegenüber dem Handelsmakler. Ist in der Schlußnote zwar die Aufgabe der Person des Vertragsgegners vorbehalten, aber doch eine bestimmte Eigenschaft des letzteren bedungen (z. B. „Primaablader"), so kommt der Vertrag zwar bereits bei Abschluß mit dem Handelsmakler als fester, aber als ein durch jene Eigenschaft des Vertragsgegners bedingter zustande (R.G. XXXIII, 133, XXXV, 106, XXXVIII, 188). — Der §. 95 Abs. 1 schließt gegenteilige Abreden zwischen der Partei und dem Makler über die Wirkungen des Vorbehalts der Bezeichnung einer anderen Partei nicht aus (über derartige mögliche Abreden R.G. XX, 37).

II. **Begründete Einwendungen** liegen vor z. B. wenn die Zahlungsfähigkeit des nachträglich Benannten nicht unzweifelhaft ist (Denkschr. 76), oder wenn der nachträglich Benannte als unredlich oder als Chikaneur bekannt ist (R.G. XXIV, 66, 70). Daß dergleichen Einwendungen vorliegen, muß der Einwendende beweisen (R.G. XXXV, 105).

III. **Befugnis, den Handlungsmakler auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen.** Diese Befugnis tritt ein, wenn der Handlungsmakler entweder gar keinen oder einen un=

geeigneten Vertragsgegner benennt. Daneben bleibt die Befugnis bestehen, den Handelsmakler zur Benennung eines geeigneten Vertragsgegners unter Setzung einer Frist, nach deren Ablauf der Rücktritt erfolgen würde, aufzufordern und nach fruchtlosem Fristablauf zurückzutreten (B.G. §. 284 Abs. 2, §. 326; besteht keine ortsübliche, nach dem Kalender bestimmte Benennungsfrist für den Handelsmakler, so muß noch eine Mahnung vorhergehen B.G. §. 284 Abs. 1; vgl. R.G. XXXVIII, 189). Nur auf Seite der Partei besteht die Befugnis, von dem Handelsmakler Erfüllung zu verlangen; der Handelsmakler hat seinerseits kein Recht zum Selbsteintritt (Denkschr. 76).

IV. **Stempelpflicht.** Das Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894 (R.G.Bl. 381) bestimmt für die nach demselben stempelpflichtigen Geschäfte in §. 8 Abs. 4: „Geschäfte, welche vorbehaltlich der Aufgabe („an Aufgabe") abgeschlossen werden, sind abgabepflichtig. Die Bezeichnung des definitiven Gegenkontrahenten (die Aufgabe) ist steuerfrei, wenn dieselbe spätestens am folgenden Werktage gemacht wird; wird dieselbe später gemacht, so gilt sie als ein neues abgabepflichtiges Geschäft."

§. 96.

Aufbewahrung von Proben.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, falls sie ihm übergeben ist, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird. Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

A.D.H. Art. 80. **Entw. I** §. 85. **Entw. II** 94.

§. 96.

I. **Probenaufbewahrungspflicht.** Der Makler braucht nicht notwendig die ganze Probe aufzubewahren, weil dieselbe oft an den Käufer behufs teilweiser Erfüllung des Vertrages abgegeben werden muß; es wurde als genügend angesehen, wenn in der Regel, sofern die Probe überhaupt teilbar, nur so viel aufbewahrt werde, wie zur Wiedererkennung erforderlich ist (P. 973). Bei Verletzung der Aufbewahrungspflicht haftet der Makler auf Ersatz des Schadens (§. 98). Die Aufbewahrungspflicht besteht nur, wenn und solange alle nachstehend erwähnten Merkmale vorliegen:

a. die Ware nach Probe verkauft ist (B.G. §. 494),
b. der Verkauf durch den Handelsmakler vermittelt ist,
c. die Probe ihm übergeben ist,
d. die Ware vom Gegner noch nicht ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen, oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.

II. **Ausnahmen.** Eine Aufbewahrungspflicht besteht überhaupt nicht, wenn (vgl. §. 94 Anm. II)

a. die Parteien (d. h. beide Parteien) dies dem Handelsmakler erlassen, oder
b. ein auf bestimmte Gattungen von Waren beschränkter diesbezüglicher Ortsgebrauch besteht (z. B. bei Waren, deren Proben besonders umfangreich sind; P. 142).

§. 97.

Mangelnde Vollmacht zur Empfangnahme.

Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

A.D.H. Art. 67 Abs. 2. **Entw. I** §. 86. **Entw. II** §. 95.

§. 97.

Die Vorschrift entspricht der für Agenten mit fester Geschäftsniederlassung gegebenen (§. 86 Abs. 1); der §. 97 schließt nicht aus, daß auch dem Handelsmakler eine Handlungsvollmacht (§. 54) zur Empfangnahme von Zahlungen oder anderen Leistungen erteilt werden kann. Die Reichstagskommission hat die im Entwurf II enthaltenen Worte „in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs" gestrichen, obgleich geltend gemacht wurde, daß z. B. in Hamburg die Schiffsmakler nach Ortsgebrauch berechtigt seien, die Frachten einzuziehen. Die Handlungsvollmacht muß hiernach im Einzelfall erteilt sein; eine Ermächtigung nur durch Ortsgebrauch genügt nicht; dennoch kann unter Kaufleuten ein bestehender Ortsgebrauch als Auslegungsmittel für die im Einzelfall erfolgte Erklärung der Partei benutzt werden (§. 346. R.O.H. XI, 244).

§. 98. **Verschulden des Maklers.**

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden.

A.D.H. Art. 81. **Entw. I** §. 87. **Entw. II** §. 96.

§. 98.

I. **Jeder der beiden Parteien.** Bei dem Maklervertrage des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht der Makler in der Regel nur zu einer Partei in einem Vertragsverhältnis; er haftet dann der anderen Partei nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen; anders beim Handelsmakler: er gilt als Vermittler für beide Parteien, er leistet beiden seine Dienste, und es ist meist vom Zufall abhängig, welche der Parteien sich zuerst an ihn wendet (Denkschr. 77); deshalb haftet er beiden Parteien aus dem Vertrage für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§. 347), und zwar selbst, wenn im Einzelfall nur die eine Partei gemäß Parteiabrede (§. 99) den Maklerlohn bezahlt (Litthauer). Er hat die Pflicht, beiden Parteien auf Befragen über die thatsächlichen Verhältnisse wahre Angaben zu machen (vgl. P. 152) oder ein etwa erteiltes Schweigegebot zu erwähnen; auch darf er nicht die ihm bekannt gewordenen Umstände verschweigen, welche geeignet wären, die Gegenpartei vom Vertragsschlusse zurückzuhalten (Staub, Bolze Bd. 4 Nr. 646).

II. **Verschulden.** Ein solches Verschulden kann unter Umständen auch darin liegen, daß der Makler irrtümlich annahm, es liege eine Willenseinigung der Parteien vor (R.O.H. IV, 415).

§. 99. **Maklerlohn.**

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

A.D.H. Art. 83. **Entw. I** §. 88. **Entw. II** §. 97.

§. 99.

I. **Zahlungspflichtiger.** Wer den Maklerlohn zu entrichten hat, darüber entscheidet in erster Reihe die Parteiabrede, in zweiter ein etwa vorhandener Ortsgebrauch, in dritter die gesetzliche Regel, wonach jede Partei die Hälfte zu entrichten hat. Ein besonderer Ortsgebrauch besteht z. B. in Frankfurt a. M. (K.B. 55). An die Parteiabrede ist der Makler nur soweit gebunden als er vor Beendigung seiner Maklerdienste Kenntnis davon erhalten und nicht widersprochen hat (§. 151 B.G.). Die gesetzliche Regel des H.G.B. weicht ab von der Regel des B.G.; nach letzterem hat bei dem Maklervertrage des B.G. (bei welchem der Makler in der Regel nur zu einer Partei im Vertrags-

verhältnis steht) in der Regel nur die Partei, welche zuerst die Dienste des Maklers in Anspruch genommen hat, den Maklerlohn zu zahlen.

II. **Entstehung des Anspruchs auf Maklerlohn.** Das B.G. bestimmt:

§. 652. „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittelung des Mäklers zu Stande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu Stande kommt."

§. 653 Abs. 2: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen."

Hiernach ist der Maklerlohn verdient bereits mit dem Abschluß des Geschäfts, nicht erst (wie bei dem Agenten §. 88 Anm. Ib und dem Kommissionär §. 396) mit der Ausführung. Aber auch erst mit dem Abschluß, nicht bereits mit der Zuführung Vertragslustiger (M. 44). Ein Abschluß liegt erst vor, wenn der Vertrag in rechtsverbindlicher Form zu Stande gekommen ist (R.G. XXIX, 232). Daß außerdem der Makler, soweit Schlußnotenzwang besteht (§. 94 Anm. II), die Schlußnoten zugestellt haben muß, folgt daraus, daß dies zu der ihm nach §. 94 obliegenden Vertragsleistung gehört (Denkschr. 77), und er vorzuleisten hat.

Tagebuch.

§. 100.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken; sie haben die im §. 94 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist von dem Handelsmäkler täglich zu unterzeichnen.

Die Vorschriften der §§. 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auf das Tagebuch des Handelsmäklers Anwendung.

A.D.H. Art. 71, 72. **Entw. I** §. 89. **Entw. II** §. 98.

§. 100.

I. **Tagebuch.** Das Tagebuch ist kein Handelsbuch im Sinne des H.G.B., denn es dient nicht dazu, die Geschäfte des Buchführenden (was §. 38 von den Handelsbüchern verlangt), sondern die Geschäfte anderer Personen untereinander ersichtlich zu machen. (Hierfür spricht auch die sonst unnötige Bestimmung in §. 100 Abs. 2, ferner die Vorschriften in §. 100—102, verglichen mit §. 45 H.G.B., §. 209 Ziff. 3, 210 Ziff. 2 K.O., §. 4 Abs. 1 H.G.B.) Dasselbe gilt von dem zum Zweck vorläufiger Notierungen formlos geführten Handbuch (P. 127. Vgl. auch §. 43 Anm. IV). Der §. 100 betrifft nur das Tagebuch. Da der Handelsmakler Kaufmann ist (§. 1 Abs. 2 Ziff. 7), so bleibt er daneben nach der allgemeinen Regel des §. 38 verpflichtet, auch andere Bücher zu führen, soweit dies erforderlich ist, um seine Handelsgeschäfte nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Auf diese anderen Bücher finden die allgemeinen Vorschriften über Handelsbücher Anwendung. Die Vorschriften über Tagebücher finden keine Anwendung auf Personen, welche die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen (§. 104).

II. **Eintragungen.** In das Tagebuch sind nur die abgeschlossenen Geschäfte einzutragen, d. h. die zwischen den Parteien durch Vermittelung des Maklers abgeschlossenen. Nur solche Geschäfte, welche unter §. 93 Abs. 1 fallen (§. 93 Abs. 2). Einzutragen ist die Bezeichnung der Parteien (§. 94 Anm. III a) und der Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung, Menge, Preis und Lieferungszeit (§. 94 Anm. III b). Für die Eintragungen im Tagebuch gilt nicht die Ausnahme des §. 94 Abs. 1, daß Parteiabrede und Ortsgebrauch den Handelsmakler von der Eintragungspflicht entbinden können. Andere Eintragungen als die in §. 94 Abs. 1 vorgesehenen braucht der Handelsmakler nicht im Tagebuch vorzunehmen, er hat z. B. keine Verpflichtung zur Eintragung einer Übereinkunft, wonach die Parteien einen abgeschlossenen Vertrag wieder aufheben oder als erloschen anerkennen (P. 151). Die Eintragungen sollen täglich erfolgen. Trotz des Wortlauts des §. 100 braucht der Handelsmakler nicht persönlich die Eintragungen vorzunehmen (ebensowenig wie trotz des Wortlauts des §. 38 der Kaufmann persönlich die Bücher zu führen braucht), sondern er ist nur für die Vornahme der Eintragungen verantwortlich (P. 125. A.D.H. Art. 71: „Der Handelsmäkler muß außer seinem Handbuche ein Tagebuch führen, in welches letztere alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen sind." Durch die Umwandlung der unpersönlichen Fassung „einzutragen sind" in die persönliche sollte sachlich nichts geändert werden). Die Unterzeichnung durch den Handelsmakler ist dagegen als eine persönliche gedacht (P. 125).

III. **Einrichtung und Aufbewahrung.** Vgl. Anmerkungen zu §. 43, 44.

§. 101. **Auszug aus dem Tagebuch.**

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und Alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.

A.D.H. Art. 74. **Entw. I** §. 90. **Entw. II** §. 99.

§. 101.

Die Parteien, nicht auch Dritte haben das Recht, Auszüge zu fordern. — Trotz der zwingenden Fassung des Gesetzes ist anzuerkennen, daß der Makler die Erteilung von Auszügen (oder wenigstens vollständiger Auszüge) bezüglich derjenigen Geschäfte abzulehnen hat, bei denen er nach Übereinkunft mit beiden Parteien über einzelne Verhältnisse, Namen und dergl. Schweigen beobachten soll bezw. darf (vgl. P. 132); denn in dem Gestatten des Schweigens liegt ein Verzicht auf die Erteilung der Auskunft durch Auszüge. Über die entsprechende Frage bei Schlußnoten s. §. 94 Anm. III.

§. 102. **Vorlegung des Tagebuchs.**

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

A.D.H. Art. 79. **Entw. I** §. 91. **Entw. II** §. 100.

§. 102.

Die Denkschr. 78 bemerkt: „Die durch die bisherige Fassung der Vorschrift entstandene Streitfrage, ob die Vorlegung des Tagebuchs nur zu dem Zwecke angeordnet werden dürfe, um die Glaubwürdigkeit der von den Parteien vorgebrachten Beweismittel zu prüfen, oder ob das Gericht auch befugt sei, das Tagebuch, entgegen den allgemeinen Grundsätzen der Civilprozeßordnung, von Amtswegen als ein neues und selbständiges Beweismittel in den Prozeß

einzuführen, ist durch die Fassung des Entwurfs im ersteren Sinne entschieden." Der §. 102 enthält keine Beschränkung dahin, daß er nur anwendbar sei, wenn der Handelsmakler Partei ist. Ist er nicht Partei, so ist allerdings nicht erkennbar, wie eine solche gerichtliche Anordnung vollstreckt werden könnte, wenn der Handelsmakler ihr nicht nachkommt; denn das Gericht hat kein unmittelbares Zwangsrecht gegenüber dem Handelsmakler (wenn man nicht etwa §. 372, 374 C.P.O. entsprechend anwenden will), und die Partei kann nach §. 810, 811 B.G. nur Vorlegung an die einsichtsberechtigte Partei, nicht an das Gericht fordern. Ist der Handelsmakler Partei, so kommt nicht etwa §. 45 zur Anwendung, denn das Tagebuch ist kein Handelsbuch im Sinne des H.G.B. (§. 100 Anm. I), sondern neben §. 102 die allgemeinen Vorschriften des B.G. und der C.P.O. (§. 45 Anm. III).

§. 103.

Strafvorschrift betr. Tagebuchsführung und -aufbewahrung.

Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

A.D.H. — **Entw. I** §. 92. **Entw. II** §. 101.

§. 103.

Die Strafvorschrift rechtfertigt sich dadurch, daß die Strafvorschriften der Konkursordnung nicht anwendbar sind, weil das Tagebuch kein Handelsbuch ist (§. 100 Anm. I), ferner dadurch, daß bei dem Tagebuch nicht, wie bei den „Handelsbüchern" im Sinne des H.G.B., der Buchführende schon durch sein eigenes Interesse zu richtiger Buchführung und zur Aufbewahrung veranlaßt wird, denn das Tagebuch beurkundet in erster Reihe Geschäfte Dritter untereinander und ist für den Handelsmakler selbst nur mittelbar von Wichtigkeit, indem es einen Anhalt dafür giebt, welche Geschäfte er für zu stande gekommen erachtete.

§. 104.

Warenmakler im Kleinverkehr.

Auf Personen, welche die Vermittelung von Waarengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 93. **Entw. II** §. 102.

§. 104.

I. **Vermittelung.** Vgl. §. 93 Anm. III c.

II. **Waren**geschäfte. Nicht also auch bei Vermittelung über andere Gegenstände des Handelsverkehrs (§. 93 Anm. III e.)

III. **Kleinverkehr.** Erheblich ist für die Anwendbarkeit des §. 104 nicht die Geringfügigkeit des Umsatzes beim Vermittler, sondern der Umsatz und die Art des Gewerbebetriebes bei den Parteien, deren Geschäfte vermittelt werden. Nur für den Gewerbebetrieb der Parteien ist mithin aus §. 4 ein Anhalt dafür zu entnehmen, was als Kleinverkehr angesehen werden kann. — Neben dem §. 104 findet aber auch §. 4 auf Handelsmakler Anwendung, und für die Anwendbarkeit des §. 4 entscheidet die Geringfügigkeit des Umsatzes beim Vermittler. Allerdings findet §. 4 nicht Anwendung auf die Tagebuchführung, denn das Tagebuch ist kein Handelsbuch (§. 100 Anm. I). Mithin ist zur Führung eines Tagebuchs verpflichtet der Handelsmakler, welcher zu den Kleingewerbetreibenden (§. 4) zählt, es sei denn, daß er Warenmakler im Kleinverkehr (§. 104) ist.

IV. Die **Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher** finden keine Anwendung. Es finden jedoch Anwendung die sonstigen Vorschriften über Handelsmakler. Die Warenmakler im Kleinverkehr sind daher Kaufleute (§. 93 Abs. 1, §. 1 Abs. 2 Ziff. 4), wenn auch in der Regel (obwohl nicht notwendig, oben Anm. III) Minderkaufleute.

Anhang zum achten Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Maklervertrag.

Maklervertrag. Aufwendungen.

§. 652. Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittelung des Mäklers zu Stande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu Stande kommt.

Maklerlohn.

§. 653. Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmässige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.

Vertragswidrige Thätigkeit für beide Parteien.

§. 654. Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Theil thätig gewesen ist.

Stellenvermittelung.

§. 655. Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnissmässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Ehevermittelung.

§. 656. Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Theil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniss.

Anhang zum ersten Buch, zweiter Abschnitt.

Bestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898 (R.G.Bl. 771) über Handelssachen.

I. Führung des Handelsregisters.

a. Zuständige Behörden.

Registergericht.

§. 125. Für die Führung des Handelsregisters sind die Amtsgerichte zuständig. Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden.

Vgl. H.G.B. §. 8 Anm. 1.

Mitwirkung der Organe des Handelsstandes.

§. 126. Die Organe des Handelsstandes sind verpflichtet, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen; sie sind berechtigt, Anträge zu diesem Zwecke bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben.

Die näheren Bestimmungen werden von den Landesregierungen getroffen.

Über das Rechtsmittel der Beschwerde ist Genaueres bestimmt in §. 19 ff. G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.)

Vorherige Entscheidung des Prozessgerichts.

§. 127. Das Registergericht kann, wenn eine von ihm zu erlassende Verfügung von der Beurtheilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist, die Verfügung aussetzen, bis über das Verhältniss im Wege des Rechtsstreits entschieden ist. Es kann, wenn der Rechtsstreit nicht anhängig ist, einem der Betheiligten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen.

b. Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung.

Anmeldung und Zeichnung vor Gerichtsschreiber.

§. 128. Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen.

Der weitergehende §. 11 G.fr.Ger. (abgedruckt unten hinter §. 148 G.fr.Ger.) kommt für Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und für Zeichnungen nicht zur Anwendung (Begründung zu §§. 124, 125 Entwurf des G.fr.Ger.). Vgl. ferner H.G.B. §. 12 Anm. 1f.

Eintragungsantrag des beurkundenden Notars.

§. 129. Ist die zur einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen. Die Vorschriften des §. 124 finden entsprechende Anwendung.

§. 124. Bei der Einlegung der weiteren Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bedarf es der Zuziehung eines Rechtsanwalts nicht, wenn die Beschwerde von dem Notar eingelegt wird, der die zu der Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt und im Namen eines Antragsberechtigten den Eintragungsantrag gestellt hat. Die Vorschrift des §. 29 Abs. 1 Satz 3 bleibt unberührt.

Der §. 29 ist unten abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.

Eintragung. Bekanntmachung.

§. 130. Jede Eintragung soll den Tag, an welchem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des zuständigen Beamten versehen werden.

Jede Eintragung soll demjenigen, welcher sie beantragt hat, bekannt gemacht werden. Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden.

Über die Art der Bekanntmachung bestimmt §. 16 G.fr.Ger., abgedruckt unten hinter §. 148 G.fr.Ger.

Zweigniederlassung und Register der Hauptniederlassung.

§. 131. Die Eintragung einer Zweigniederlassung ist von Amtswegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzutheilen und in dessen Register zu vermerken. Das Gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird.

Vgl. H.G.B. §. 13 Anm. II.

c. Ordnungsstrafverfahren.

Erstes Einschreiten.

§. 132. Sobald das Registergericht von einem sein Einschreiten nach den §§. 14, 319 und dem §. 325 Nr. 9 des Handelsgesetzbuchs rechtfertigenden Sachverhalte glaubhafte Kenntniss erhält, hat es dem Betheiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen.

Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig.

Straffestsetzung vor Androhung ist unzuläßig (§. 33 G.fr.Ger., abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.). Über die Höhe der Ordnungsstrafe §. 33 G.fr.Ger., §§. 14, 37 Abs. 2 H.G.B. Über die Berechnung der Frist §. 17 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

Straffestsetzung und erneute Androhung.

§. 133. Wird innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Verpflichtung genügt, noch Einspruch erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen.

In gleicher Weise ist fortzufahren, bis der gesetzlichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben wird.

Verhandlung nach Einspruch.

§. 134. Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, so hat das Gericht, wenn sich der Einspruch nicht ohne Weiteres als begründet ergiebt, zur Erörterung der Sache den Betheiligten zu einem Termine zu laden.

Das Gericht kann, auch wenn der Betheiligte nicht erscheint, nach Lage der Sache entscheiden.

Die erheblichen Thatsachen sind von Amts wegen durch Ermittelungen und Beweiserhebungen festzustellen (§. 12 G.fr.Ger., abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.)

Entscheidung über den Einspruch.

§. 135. Wird der Einspruch für begründet erachtet, so ist die erlassene Verfügung aufzuheben.

Anderenfalls hat das Gericht den Einspruch zu verwerfen und die angedrohte Strafe festzusetzen. Das Gericht kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen.

Im Falle der Verwerfung des Einspruchs hat das Gericht zugleich eine erneute Verfügung nach §. 132 zu erlassen. Die in dieser Verfügung bestimmte Frist beginnt mit dem Eintritte der Rechtskraft der Verwerfung des Einspruchs.

Über die Berechnung der Frist bestimmt §. 17 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

Einspruch gegen erneute Androhung.

§. 136. Wird im Falle des §. 133 gegen die wiederholte Verfügung Einspruch erhoben und dieser für begründet erachtet, so kann das Gericht, wenn die Umstände es rechtfertigen, zugleich die früher festgesetzte Strafe aufheben oder an deren Stelle eine geringere Strafe festsetzen.

Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

§. 137. Gegen die Versäumung der Einspruchsfrist ist auf Antrag nach Massgabe des §. 22 Abs. 2 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Der §. 22 ist unten abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.

Kostenentscheidung.

§. 138. Bei der Festsetzung der Ordnungstrafe ist der Betheiligte zugleich in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen.

Sofortige Beschwerde.

§. 139. Gegen den Beschluss, durch welchen die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, findet die sofortige Beschwerde statt.

Ist die Strafe nach Massgabe des §. 133 festgesetzt, so kann die Beschwerde nicht darauf gestützt werden, dass die Verfügung, durch welche die Strafe angedroht worden ist, nicht gerechtfertigt gewesen sei.

Über das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde §§. 22, 29 Abs. 2 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.)

Besonderheiten bei widerrechtlichem Firmengebrauch.

§. 140. Soll nach §. 37 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs gegen eine Person eingeschritten werden, die eine ihr nicht zustehende Firma gebraucht, so finden die Vorschriften der §§. 132 bis 139 mit der Massgabe Anwendung, dass

1. in der nach §. 132 zu erlassenden Verfügung dem Betheiligten aufgegeben wird, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten oder binnen bestimmter Frist den Gebrauch der Firma mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen;
2. die Ordnungsstrafe festgesetzt wird, falls kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen ist und der Betheiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat.

d. Löschung von Amts wegen.

Erloschene Firma.

§. 141. Soll nach §. 31 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs das Erlöschen einer Firma von Amtswegen in das Handelsregister eingetragen werden, so hat das Registergericht den eingetragenen Inhaber der Firma oder dessen Rechtsnachfolger von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Die Frist darf nicht weniger als drei Monate betragen.

Sind die bezeichneten Personen oder deren Aufenthalt nicht bekannt, so erfolgt die Benachrichtigung und die Bestimmung der Frist durch Einrückung in diejenigen

Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister bestimmt sind. Es kann angeordnet werden, dass die Bekanntmachung noch in andere Blätter eingerückt wird.

Wird Widerspruch erhoben, so entscheidet über ihn das Gericht. Gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung findet die sofortige Beschwerde statt.

Die Löschung darf nur erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist.

Vgl. Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 8 Ziff. 1.

Unzulässige Eintragung.

§. 142. Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerkes.

Das Gericht hat den Betheiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des §. 141 Abs. 3, 4 Anwendung.

Vgl. auch §. 18 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

Löschungsverfügung des vorgesetzten Landgerichts.

§. 143. Die Löschung einer Eintragung kann gemäss den Vorschriften des §. 142 auch von dem Landgerichte verfügt werden, welches dem Registergericht im Instanzenzuge vorgeordnet ist. Die Vorschrift des §. 30 Abs. 1 Satz 2 findet Anwendung.

Gegen die einen Widerspruch zurückweisende Verfügung des Landgerichts findet die sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht mit der Massgabe statt, dass die Vorschriften des §. 28 Abs. 2, 3 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

Die §§. 28, 30 sind unten abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger. Über die sofortige Beschwerde §. 22 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

Besonderheiten bei Löschung nichtiger Errichtung oder nichtigen Versammlungsbeschlusses einer A.G., K.A.G., G.m.b.H.

§. 144. Eine in das Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 309, 310 des Handelsgesetzbuchs die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann. Das Gleiche gilt für eine in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 75, 76 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.

Ein in das Handelsregister eingetragener Beschluss der Generalversammlung oder Versammlung der Gesellschafter einer der im Abs. 1 bezeichneten Gesellschaften kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

In den Fällen der Abs. 1, 2 soll die nach §. 142 Abs. 2 zu bestimmende Frist mindestens drei Monate betragen.

Die in Abs. 1 erwähnten §§. 75, 76 des Ges. betr. G. m. beschr. Haftung (R.G. Bl. 1898 S. 846) sind die gemäß Einf.-G. z. H.G.B. Art. 11 Ziff. XXI eingeschobenen §§. 75a, 75b. — Über die Berechnung der Frist §. 17 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

II. Sonstige im H.G.B. dem Gericht zugewiesene Angelegenheiten (ausser Dispache).

Zuständiges Gericht.

§. 145. Die Amtsgerichte sind zuständig für die nach §. 146 Abs. 2, §. 147, §. 157 Abs. 2, §. 166 Abs. 3, §. 192 Abs. 3, §. 254 Abs. 3, §. 266 Abs. 2, §. 268 Abs. 2, §. 295 Abs. 2, 3, §. 302 Abs. 2 bis 4, §. 338 Abs. 3, §. 524 Abs. 1, 2, §. 530 Abs. 1, §§. 590, 685, §. 729 Abs. 1, § 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs von dem Gerichte zu erledigenden Angelegenheiten.

Ist die Führung des Handelsregisters für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen worden, so gehören zur Zuständigkeit dieses Amtsgerichts auch die im Abs. 1 bezeichneten Angelegenheiten, mit Ausnahme derjenigen Geschäfte, welche den Gerichten nach §. 524 Abs. 1, 2, § 530 Abs. 1, §§. 590, 685, §. 729 Abs. 1, §. 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs obliegen.

Es betreffen: §. 146 Abs. 2, §. 147, §. 295 Abs. 2, 3, §. 302 Abs. 4 Ernennung u. Abberufung von Liquidatoren; §. 192 Abs. 3, §. 266 Abs. 2 Ernennung von Revisoren; §. 268 Abs. 2 Bestellung von Vertretern der Minderheit bei Verfolgung von Gründungsansprüchen; §. 729 Abs. 1 Ernennung von Dispacheuren; §. 884 Ziff. 4 Ernennung von Sachverständigen für Schadensabschätzung bei Seeversicherung; §. 254 Abs. 3 Ermächtigung zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung; §. 157 Abs. 2, §. 302 Abs. 2 Bestimmung des Aufbewahrens von Büchern und Papieren einer aufgelösten Gesellschaft; §. 166 Abs. 3, §. 302 Abs. 3, §. 338 Abs 3 Anordnung der Mitteilung von Bilanz u. Aufklärungen u. Vorlegung von Büchern, Papieren; §. 524 Abs. 1, 2 Verklarung; §. 530 Abs. 1, §. 685 Feststellung der Notwendigkeit zu Verkauf oder Verbodmung des Schiffs durch den Schiffer; §. 590 Feststellung des Spätestzeitpunkts der Abreise eines auf Stückgüter angelegten Schiffs.

Verfahren.

§. 146. Soweit in den im §. 145 bezeichneten Angelegenheiten ein Gegner des Antragstellers vorhanden ist, hat ihn das Gericht, wenn thunlich zu hören.

Gegen die Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, findet die sofortige Beschwerde statt.

Eine Anfechtung der Verfügung, durch welche einem nach §. 524 Abs. 1, 2, §. 530 Abs. 1, §. 685, §. 729 Abs. 1, §. 884 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs gestellten Antrage stattgegeben wird, ist ausgeschlossen.

Über die sofortige Beschwerde §§. 22, 29 Abs. 2 (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

III. Angelegenheiten der Genossenschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Binnenschiffahrt, Flösserei.

Genossenschaftsregister.

§. 147. Die Vorschriften der §§. 127 bis 131, 142, 143 finden auf die Eintragungen in das Genossenschaftsregister entsprechende Anwendung.

Eine in das Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaft kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 94, 95 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.

Ein in das Genossenschaftsregister eingetragener Beschluss der Generalversammlung einer Genossenschaft kann gemäss den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

In den Fällen der Abs. 2, 3 soll die nach §. 142 Abs. 2 zu bestimmende Frist mindestens drei Monate betragen.

Die in Abs. 2 erwähnten §§. 94, 95 des Genossenschaftsgesetzes (R.G.Bl. 1898 S. 810) sind die gemäß Einf.-G. z. H.B.G. Art. 10 Ziff. X eingeschobenen §§. 90a, 90b. — Über die Berechnung der Frist §. 17 G.fr.Ger. (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

Sonstige dem Gericht zugewiesene Angelegenheiten.

§. 148. Die Vorschriften des §. 146 Abs. 1, 2 finden auf die nach §. 45 Abs. 3, §. 61, §. 83 Abs. 3, 4, §. 93 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, und nach §. 66 Abs. 2, 3, §. 74 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von dem Registergerichte zu erledigenden Angelegenheiten Anwendung.

Gegen die Verfügung, durch welche der im §. 11 des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, oder der im §. 8 des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flösserei, bezeichnete Antrag auf Beweisaufnahme oder der im §. 87 Abs. 2 des ersteren Gesetzes bezeichnete Antrag auf Bestellung eines Dispacheurs zurückgewiesen wird, findet die sofortige Beschwerde statt. Eine Anfechtung der Verfügung, durch welche einem solchen Antrage stattgegeben wird, ist ausgeschlossen.

Über die sofortige Beschwerde §§. 22, 29 Abs. 2 (abgedruckt hinter §. 148 G.fr.Ger.).

IV. Dispache bei See- und Binnenschiffahrt.

Die hierüber handelnden §§. 149—158 werden abgedruckt hinter §. 729 H.G.B.

Erster Abschnitt des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Allgemeine Vorschriften).

Anwendungsgebiet.

§. 1. Für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, gelten, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, die nachstehenden allgemeinen Vorschriften.

Rechtshilfe.

§. 2. Die Gerichte haben sich Rechtshülfe zu leisten. Die §§. 158 bis 169 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung.

Die §§. 158—169 G.V.G. betreffen das Verfahren bei Rechtshilfe.

Wohnsitz der Exterritorialen und der Beamten im Auslande.

§. 3. Soweit für die örtliche Zuständigkeit der Gerichte der Wohnsitz eines Betheiligten massgebend ist, bestimmt sich für Deutsche, die das Recht der Exterritorialität geniessen, sowie für Beamte des Reichs oder eines Bundesstaats, die im Ausland angestellt sind, der Wohnsitz nach den Vorschriften des §. 15 der Civilprozessordnung.

Mehrere zuständige Gerichte.

§. 4. Unter mehreren zuständigen Gerichten gebührt demjenigen der Vorzug, welches zuerst in der Sache thätig geworden ist.

Streit oder Ungewissheit über Zuständigkeit.

§. 5. Besteht Streit oder Ungewissheit darüber, welches von mehreren Gerichten örtlich zuständig ist, so wird das zuständige Gericht durch das gemeinschaftliche obere Gericht bestimmt. Ist das zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert, so erfolgt die Bestimmung durch das ihm im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

Ausschliessung eines Richters.

§. 6. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. in Sachen, in denen er selbst betheiligt ist oder in denen er zu einem Betheiligten in dem Verhältniss eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht;
2. in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist;
4. in Sachen, in denen er als Vertreter eines Betheiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines solchen aufzutreten berechtigt ist.

Ein Richter kann sich der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten. Die Ablehnung eines Richters ist ausgeschlossen.

Handlungen eines örtlich unzuständigen Gerichts oder eines ausgeschlossenen Richters.

§. 7. Gerichtliche Handlungen sind nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht oder von einem Richter vorgenommen sind, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Gerichtssprache, Sitzungspolizei, Berathung, Abstimmung.

§. 8. Auf das gerichtliche Verfahren finden die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Gerichtssprache, über die Sitzungspolizei und über die Berathung und Abstimmung entsprechende Anwendung, die Vorschriften über die Gerichtssprache mit den sich aus dem §. 9 ergebenden Abweichungen.

Dolmetscher.

§. 9. Der Zuziehung eines Dolmetschers bedarf es nicht, wenn der Richter der Sprache, in der sich die betheiligten Personen erklären, mächtig ist; die Beeidigung des Dolmetschers ist nicht erforderlich, wenn die betheiligten Personen darauf verzichten. Auf den Dolmetscher finden die Vorschriften des §. 6 entsprechende Anwendung.

Gerichtsferien.

§. 10. Auf das gerichtliche Verfahren sind die Gerichtsferien ohne Einfluss. Die Bearbeitung der Vormundschaftssachen und der Nachlasssachen kann während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfniss einer Beschleunigung nicht vorhanden ist.

Form der Anträge und Erklärungen.

§. 11. Anträge und Erklärungen können zum Protokolle des Gerichtsschreibers des zuständigen Gerichts oder des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts erfolgen.

Für Anmeldungen und Zeichnungen zum Handelsregister gilt nicht §. 11, sondern der engere §. 128 G.fr.Ger.

Ermittelung und Beweiserhebung von Amts wegen.

§. 12. Das Gericht hat von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

Beistände. Bevollmächtigte.

§. 13. Die Betheiligten können mit Beiständen erscheinen. Sie können sich, soweit nicht das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet, auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Die Bevollmächtigten haben auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen eines Betheiligten die Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht nachzuweisen.

Armenrecht.

§. 14. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über das Armenrecht sowie die Vorschriften der §§. 34 bis 36 der Rechtsanwaltsordnung finden entsprechende Anwendung.

Die §§. 34—36 R.A.O. betreffen die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Falle der Bewilligung des Armenrechts.

Beweis. Glaubhaftmachung. Eidesabnahme.

§. 15. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über den Zeugenbeweis, über den Beweis durch Sachverständige und über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden finden entsprechende Anwendung. Ueber die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen entscheidet jedoch, unbeschadet der §§. 393, 402 der Civilprozessordnung, das Ermessen des Gerichts.

Behufs der Glaubhaftmachung einer thatsächlichen Behauptung kann ein Betheiligter zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden.

Die §§. 393, 402 C.P.O. bestimmen, in welchen Fällen Zeugen und Sachverständige unbeeidigt zu vernehmen sind.

Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen.

§. 16. Gerichtliche Verfügungen werden mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind, wirksam.

Die Bekanntmachung erfolgt, wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt, durch Zustellung nach den für die Zustellung von Amtswegen geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung; durch die Landesjustizverwaltung kann jedoch für Zustellungen im Ausland eine einfachere Art der Zustellung angeordnet werden. In denjenigen Fällen, in welchen mit der Bekanntmachung nicht der Lauf einer Frist beginnt, soll in den Akten vermerkt werden, in welcher Weise, an welchem Orte und an welchem Tage die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht ist; durch die Landesjustizverwaltung kann näher bestimmt werden, in welcher Weise in diesen Fällen die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht werden soll.

Einem Anwesenden kann die Verfügung zu Protokoll bekannt gemacht werden. Auf Verlangen ist ihm eine Abschrift der Verfügung zu ertheilen.

Fristen.

§. 17. Für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches.

Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des nächstfolgenden Werktags.

Aenderung einer erlassenen Verfügung.

§. 18. Erachtet das Gericht eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt, so ist es berechtigt, sie zu ändern; soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, darf die Aenderung nur auf Antrag erfolgen.

Zu der Aenderung einer Verfügung, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, ist das Gericht nicht befugt.

Sonderbestimmungen über Löschung unzulässiger Eintragungen enthalten die §§. 142—144 G.fr.Ger.

Beschwerde.

§. 19. Gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt.

Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht.

Beschwerdeberechtigter.

§. 20. Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.

Soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu.

Einlegung.

§. 21. Die Beschwerde kann bei dem Gerichte, dessen Verfügung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers desjenigen Gerichts, dessen Verfügung angefochten wird, oder des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts.

Sofortige Beschwerde.

§. 22. Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Verfügung dem Beschwerdeführer bekannt gemacht geworden ist.

Einem Beschwerdeführer, der ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten, ist auf Antrag von dem Beschwerdegerichte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, wenn er die Beschwerde binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses einlegt und die Thatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft macht. Eine Versäumung der Frist, die in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird als eine unverschuldete nicht angesehen. Gegen die Entscheidung über den Antrag findet die sofortige weitere Beschwerde statt. Nach dem Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

Begründung der Beschwerde.

§. 23. Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

Vollziehung trotz Beschwerde.

§. 24. Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine Verfügung gerichtet ist, durch die eine Strafe festgesetzt wird.

Das Gericht, dessen Verfügung angefochten wird, kann anordnen, dass die Vollziehung auszusetzen ist.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, dass die Vollziehung der angefochtenen Verfügung auszusetzen ist.

Entscheidung des Beschwerdegerichts.

§. 25. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist mit Gründen zu versehen.

Wirksamkeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts.

§. 26. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird in den Fällen, in welchen die sofortige weitere Beschwerde stattfindet, erst mit der Rechtskraft wirksam. Das Beschwerdegericht kann jedoch die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen.

Weitere Beschwerde.

§. 27. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Vorschriften der §§. 550, 551, 561, 563 der Civilprozessordnung finden entsprechende Anwendung.

Die angeführten §§. 550, 551, 561, 563 C.P.O. betreffen das Verfahren bei Revision.

Zuständigkeit bei weiterer Beschwerde.

§. 28. Ueber die weitere Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht.

Will das Oberlandesgericht bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift, welche eine der im §. 1 bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts, falls aber über die Rechtsfrage bereits eine Entscheidung des Reichsgerichts ergangen ist, von dieser abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgerichte vorzulegen. Der Beschluss über die Vorlegung ist dem Beschwerdeführer bekannt zu machen.

In den Fällen des Abs. 2 entscheidet über die weitere Beschwerde das Reichsgericht.

Einlegung der weiteren Beschwerde. Sofortige weitere Beschwerde.

§. 29. Die weitere Beschwerde kann bei dem Gericht erster Instanz, bei dem Landgericht oder bei dem Oberlandesgericht eingelegt werden. Erfolgt die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, so muss diese von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Der Zuziehung eines Rechtsanwalts bedarf es nicht, wenn die Beschwerde von einer Behörde oder von einem Notar eingelegt wird, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat.

Soweit eine Verfügung der sofortigen Beschwerde unterliegt, findet auch gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die sofortige weitere Beschwerde statt.

Das Gericht erster Instanz und das Landgericht sind nicht befugt, der weiteren Beschwerde abzuhelfen.

Im Uebrigen finden die Vorschriften über die Beschwerde entsprechende Anwendung.

Zuständigkeit bei Beschwerde.

§. 30. Die Entscheidungen über Beschwerden erfolgen bei den Landgerichten durch eine Civilkammer, bei den Oberlandesgerichten und bei dem Reichsgerichte durch einen Civilsenat. Ist bei einem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so tritt für Handelssachen diese Kammer an die Stelle der Civilkammer.

Die Vorschriften des §. 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden entsprechende Anwendung.

Der §. 137 G.V.G. betrifft die Herbeiführung einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, der vereinigten Strafsenate oder des Plenum beim Reichsgericht.

Rechtskraftzeugnis.

§. 31. Zeugnisse über die Rechtskraft einer Verfügung sind von dem Gerichtsschreiber erster Instanz zu ertheilen.

Einflusslosigkeit der Aufhebung gewisser Verfügungen auf inzwischen vorgenommene Rechtsgeschäfte.

§. 32. Ist eine Verfügung, durch die Jemand die Fähigkeit oder die Befugniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluss.

Ordnungsstrafe.

§. 33. Soll in den gesetzlich zugelassenen Fällen Jemand durch Ordnungsstrafen zur Befolgung einer gerichtlichen Anordnung angehalten werden, so muss der Festsetzung der Strafe eine Androhung vorausgehen. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

Vgl. §. 132 ff. G.fr.Ger., §§ 14, 37 Anm. II H.G.B.

Gerichtsakten, Einsicht und Abschriften.

§. 34. Die Einsicht der Gerichtsakten kann Jedem insoweit gestattet werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das Gleiche gilt von der Ertheilung einer Abschrift; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Vgl. H.G.B. §. 9.

Landesgesetzliche Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften.

§. 200. Durch Landesgesetz können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes, mit Einschluss der erforderlichen Uebergangsvorschriften, auch insoweit erlassen werden, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält.

Soweit durch Landesgesetz allgemeine Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden erlassen werden, ist ein Verstoss gegen eine solche Vorschrift, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluss auf die Gültigkeit der Beurkundung.

Zweites Buch.
Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt.
Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel.
Errichtung der Gesellschaft.

§. 105.

Begriff. Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

A.D.H. Art. 85. **Entw. I** §. 94. **Entw. II** §. 103.

§. 105.

I. **Gesellschaft.**

a. **Handelsgesellschaft.** Vgl. §. 6 Anm. III.

b. **Die offene Handelsgesellschaft eine Unterart der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.** Der §. 105 stellt an die Spitze das Merkmal, daß die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft ist. Die „Begriffsbestimmung" der Gesellschaft ergiebt §. 705 B.G.:

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

Da die offene Handelsgesellschaft nur eine Art der Gesellschaft des B.G. ist, so ergiebt sich von selbst, daß die allgemeinen Bestimmungen des B.G. über die Gesellschaft zur Anwendung kommen soweit nicht besondere Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind. Dies ist in § 105 Abs. 2 überdies ausdrücklich ausgesprochen. Die Bestimmungen des B.G. über die Gesellschaft sind im

Zusammenhange hinter § 160 H.G.B. abgedruckt. Nur ausnahmsweise sind Bestimmungen des B.G. über die Gesellschaft auch im H.G.B. wiederholt, in Fällen, in denen sie mit Vorschriften des letzteren über die offene Handelsgesellschaft in besonders nahem Zusammenhang stehen (Denkschr. 80). Die einzelnen Fälle, in denen für die offene Handelsgesellschaft Sondervorschriften gegeben sind, die von den allgemeinen Regeln des B.G. über die Gesellschaft abweichen, sind zusammengestellt bei Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Auflage, Berlin 1898, S. 526.

c. **Keine juristische Person.** Das B.G. kennt als Arten privatrechtlicher juristischer Personen nur Vereine und Stiftungen. Die offene Handelsgesellschaft ist keine Stiftung und fällt auch nicht unter den Begriff des Vereins. Der Begriff des Vereins ist zwar im B.G. nicht bestimmt, sondern nur vorausgesetzt. Aber die näheren Bestimmungen des B.G. über die notwendigen Grundsätze der Verfassung rechtsfähiger Vereine (rechtsfähig ist nach §. 124 H.G.B. auch die offene Handelsgesellschaft) zeigen, daß die offene Handelsgesellschaft, in der z. B. kein Vorstand vorhanden ist, nicht als rechtsfähiger „Verein" angesehen wurde. (Vgl. jedoch §§. 17, 22 C.P.O.: „Gesellschaften . . . oder andere Vereine". Der Ersatz des früheren „Personenverein" durch „Verein" beruht auf Beschlüssen der Reichstagskommission.) Schon nach bisherigem Recht wurde, nachdem bei den Beratungen der Nürnberger Konferenz die Frage offen gelassen worden war (Vorbemerkung Anm. 2a zu Buch II in den früheren Auflagen dieses Kommentars), fast allgemein die Eigenschaft der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person verneint (z. B. R.O.H. XXV, 126, R.G. III, 57, XXXVI, 63, 140, 177, 395, R.G. in Strff. XXIII, 349. Für die Annahme der juristischen Persönlichkeit z. B. Eccius in Z.f.H. Bd. 32 S. 5.). „Künftig wird um so weniger Veranlassung zur Annahme der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des B.G. eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gleichfalls anerkannt ist und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens" (des Gesamtvermögens), „der im allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft ausreicht" (Denkschr. 80). Vgl. auch den Wortlaut der Überschrift von Buch II Abschnitt 1 Titel 2 („Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander") im Gegensatz zu derjenigen des die A.G. betreffenden Abschnitt 3 Titel 2 („Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter"). Ist hiernach die offene Handelsgesellschaft allerdings keine „juristische Person", so ist doch zu beachten, daß einer selbständig rechtsfähigen, unter selbständigem Gesamtnamen auftretenden und organisierten Gesamtheit (auch einer derartigen Gemeinschaft zur gesamten Hand) grundsätzlich dieselbe Stellung im privaten Rechtsverkehr eingeräumt werden muß wie einer juristischen Person. (Ähnlich nach bisherigem Recht O.L.G. Hamburg v. 4. Okt. 1893 Z.f.H. Bd. 46 S. 501.) Es ist eine Vermögenseinheit vorhanden, die wie eine bestimmte Person behandelt werden darf (R.G. XVI, 2). In einigen Beziehungen steht sogar auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die offene Handelsgesellschaft den juristischen Personen gleich. So hat sie eine durch ihren Sitz (im Auslande unter Umständen durch Unterwerfung unter ein Konsulargericht; über die Voraussetzungen vgl. R.G. v. 19. Jan. 1895 J.W. S. 84 gegen R.G. XXXVI, 177) bestimmte eigene Staatsangehörigkeit, auch wenn die einzelnen Gesellschafter Angehörige verschiedener Staaten sind (R.G. XXXVI, 177. Vgl. jedoch auch R.G. XXXVI, 396).

d. **Gesellschaftsvertrag.**

1. **Vertrag als notwendige Grundlage.** Der §. 705 B.G. setzt als Grundlage jedes Gesellschaftsverhältnisses einen Vertrag voraus. Dasselbe gilt mithin auch für die offene Handelsgesellschaft. Ebenso Denkschr. 79: „Der Entwurf geht davon aus, daß die offene Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach auf einem Ge-

sellschaftsvertrag beruht und nicht, wie dies für das geltende Recht von einzelnen Seiten angenommen wird, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird." Ein Vertrag, der nur zum Schein geschlossen ist, um die Eintragung einer bestimmten Firma herbeizuführen, bietet keine genügende Unterlage (§. 117 Abs. 1 B.G., R.G. XXXVII, 62); die daraufhin geschehene Eintragung kann aber für den Scheingesellschafter aus anderen Gesichtspunkten eine Haftung zur Folge haben (§. 15 Anm. III Ac 1). Einem Gesellschaftsvertrage, d. h. einer vorherigen auf dauernden Betrieb gerichteten Abrede steht nicht gleich das thatsächliche Zusammenwirken bei einer Reihe einzelner Geschäfte auf Grund mehrerer, jedesmal nur auf den einzelnen Fall gerichteten Abreden (Bolze Bd. 23 Nr. 311). — Der Vertrag muß ein Gesellschaftsvertrag sein. Ein solcher ist nicht der Vertrag, nach welchem einer der Beteiligten nur am Gewinn oder nur am Verlust beteiligt sein soll (§ 121 Anm. II; vgl. jedoch § 336 Abs. 2). Ebensowenig ein Vertrag, der in erster Reihe die Festsetzung einer Leibrente für einen der Vertragschließenden bezweckt (R.G. XX, 165; vgl. §. 134 Anm. II).

2. **Eine Gemeinschaft, welche nicht auf Vertrag beruht**, ist keine Gesellschaft, mithin auch keine offene Handelsgesellschaft. So nicht z. B. die Gemeinschaft zwischen Miterben und eine fortgesetzte Gütergemeinschaft (R.O.H. XI, 102, XXIII, 167, R.G. X, 102, XVI, 340, XXXV, 19, Johow XV, 7). Hierfür gelten die allgemeinen Vorschriften des B.G. §. 741 ff. über Gemeinschaften und die besonderen Vorschriften für einzelne Arten von Gemeinschaften, so für die Gemeinschaft der Miterben §. 2032 ff. B.G., §. 16 Abs. 2 K.O., für die fortgesetzte Gütergemeinschaft §. 1483 ff. B.G., für die allgemeine Gütergemeinschaft §. 1437 ff. B.G., für die Errungenschaftsgemeinschaft §. 1519 ff. B.G., für die Fahrnisgemeinschaft §. 1549 ff. B.G. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinschafter durch besonderen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vertrag eine offene Handelsgesellschaft begründen und dann als offene Handelsgesellschafter das gemeinsame Geschäft fortsetzen können (O.L.G. Stuttgart v. 13. Juni 1889 Z.f.H. Bd. 40 S. 457, R.O.H. XI, 102, R.G. X, 103). Dafür, daß dies beabsichtigt sei, ist nicht schon eine etwa erfolgte Übertragung der Firma in das Gesellschaftsregister unbedingt entscheidend (§ 105 Anm. Ii). Andererseits kann eine solche (rückwirkende) Erklärung liegen in der Übertragung der Gesellschaftsanteile seitens der Erben eines verstorbenen Gesellschafters an den Mitgesellschafter (Bolze 11 Nr. 264). Führt ein Miterbe allein das Geschäft fort, und geben die übrigen Miterben zu erkennen, daß sie dem ersteren die Fortführung überlassen wollen ohne ihrerseits Ansprüche auf Gewinn zu erheben, so liegt hierin im Zweifel eine Übertragung des Geschäfts an den fortführenden Miterben und Fortführung durch letzteren als Einzelkaufmann (Bolze Bd. 23 Nr. 303). Für die Fortführung einer offenen Handelsgesellschaft zwischen den überlebenden Gesellschaftern und den Erben eines verstorbenen Gesellschafters gelten die Bestimmungen der §§. 137, 139 H.G.B.

3. **Form**. Eine bestimmte Form des Vertrages ist nicht vorgeschrieben. Da das B.G. die Formfreiheit der Verträge voraussetzt, so kann auch der Gesellschaftsvertrag formlos zu stande kommen, mithin auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen. Nur wenn der Gegenstand der von einem Gesellschafter übernommenen Leistung derart ist, daß die Übernahme derartiger Leistungen eine besondere Form erfordert, kommen auch für den Gesellschaftsvertrag die betreffenden Formvorschriften in Betracht. So bei der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung oder Nießbrauchsbelastung eines Vermögensbruchteils (§. 311 B.G.) oder zur Übertragung des

Eigentums an einem Grundstück (§. 313 B.G., Denkschr. 81). Zu sondern von der Frage, welche Form der Gesellschaftsvertrag erfordert, ist die weitere Frage, ob etwa für die Ausführung der im Vertrage übernommenen Verpflichtungen noch besondere Formen erforderlich sind (z. B. bei Einräumung dinglicher Rechte). Dies regelt sich nach den allgemeinen Bestimmungen des B.G. (R.G. XIII, 4).

4. **Vertrag das einzige Erfordernis.** Die Gesellschaft besteht, sobald der Vertrag geschlossen ist — es sei denn, daß der Vertrag eine Befristung oder aufschiebende Bedingung enthält. Die Bethätigung des Vertrages nach außen braucht nicht (wie Cosack S. 529 annimmt) hinzuzukommen. Über die Wirkung solcher Bethätigung vgl. §. 123.

e. **Gesellschafter.**

1. **Gesellschaft als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.** Litteratur zusammengestellt von Elzbacher in Z.f.H. Bd. 45 S. 41 Anm. Vgl. ferner für Zulässigkeit Pappenheim in Z.f.H. Bd. 46 S. 412 und Cosack S. 530; dagegen R.G. XXXVI, 139. Weder das B.G. noch das H.G.B. enthalten eine ausdrückliche Vorschrift darüber, wer Gesellschafter einer Gesellschaft, insbesondere einer offenen Handelsgesellschaft werden könne.

Nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen können Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein, denn wenn in diesem Falle gegen alle Regel den juristischen Personen weniger Rechte zustehen sollten als natürlichen Personen, so müßte dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein. (O.L.G. Hamburg v. 19. Dez. 1890, Z.f.H. Bd. 40 S. 457, stellt in Abrede, daß auch juristische Personen Gesellschafter sein können. Der eine auf das Wort „Personen" in Art. 85 A.D.H. gestützte Grund ist spätestens hinfällig geworden durch die Fassungsänderung des §. 105 gegenüber dem bisherigen Art. 85 A.D.H.; die Behauptung, daß §. 106 Abs. 2 Ziff. 1 entgegenstehe, erledigt sich dadurch, daß diese Bestimmung entsprechend anzuwenden wäre, ebenso wie z. B. die Vorschriften des §. 18 über die Firma des Einzelkaufmanns nur entsprechend auf die Firma einer juristischen Person anwendbar sind; §. 33 Anm. III. Das R.G. XXXVI, 140 läßt dahingestellt, ob juristische Personen Gesellschafter sein können.)

Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft können daher jedenfalls solche Handelsgesellschaften sein, welche juristische Persönlichkeit besitzen — unter Beobachtung der für die betreffende Gesellschaftsform etwa gegebenen besonderen Formvorschriften. (So können für A.G., K.A.G. und Ges. m. b. H. Satzungsänderungen erforderlich sein, denn die Beteiligung an einer fremden Gesellschaft wird in der Regel eine Änderung des als Eigenbetrieb gedachten „Gegenstandes des Unternehmens" enthalten. Die Frage der Zulässigkeit doppelter Firmenführung, §. 17 Anm. III c, kommt nach diesseitiger Ansicht nicht in Betracht [dagegen R.G. XXXVI, 140 und Staub], denn es sollen gar nicht zwei Firmen für eine Gesellschaft, sondern nur eine Firma für die umschlossene und eine andere für die umschließende Gesellschaft geführt werden, wenn auch allerdings die umschlossene Gesellschaft, falls geschäftsführend, ermächtigt ist, namens der umschließenden Gesellschaft unter deren Firma zu handeln. Man wird doch auch nicht in Abrede stellen wollen, daß z. B. eine offene Handelsgesellschaft durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter in einem Einzelfalle kraft besonderen Auftrages einer dritten Firma für letztere mit deren Firma unterzeichnen darf; ob durch diese Zeichnung mittelbar auch eine Haftung der die Zeichnung thatsächlich bewirkenden Gesellschaft eintritt, z. B. weil letztere ein für allemal eine Bürgschaft übernommen hat, ist unerheblich.)

Es liegt aber kein genügender Grund vor, die gleiche Möglichkeit, Gesellschafter einer Gesellschaft zu sein, bezüglich anderer rechtsfähiger und organisierter Gesamtheiten zu verneinen (dagegen R.G. XXXVI, 140).

Der §. 124 H.G.B. bestimmt ohne Beschränkung, daß die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könne. Eine Ausnahme bezüglich des Rechtserwerbs und der Verbindlichmachung durch Gesellschaftsverträge ist nicht aufgenommen. Der aus der angeblichen Unzulässigkeit der Führung verschiedener Firmen durch eine Gesellschaft hergenommene Gegengrund erscheint nicht durchschlagend, da gar keine Führung mehrerer Firmen für dieselbe Gesellschaft vorliegt (s. oben), und da, wenn sie vorläge, sie nicht als unzulässig anzusehen ist (§. 17 Anm. III c). Daß die Rechtsverhältnisse bei Zulassung einer derartigen Form der Vergesellschaftung verwickelt werden können, ist richtig, aber kein Grund, ohne ausdrückliches gesetzliches Verbot eine Gestaltung auszuschließen, für die sich im Leben ein Bedürfnis zeigt. Folgerichtig würde die gegenteilige Ansicht z. B. dazu führen, daß es auch für unzulässig erachtet werden müßte, daß eine offene Handelsgesellschaft durch Aktienerwerb Aktionär wird. Vollends nicht haltbar, wenigstens nicht für das neue Recht, erscheint die (auf Grund des bisherigen Rechts geäußerte) Ansicht des R.G. XXXVI, 141 (ebenso Staub), daß eine Gesellschaft, deren Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft ist, zwar keine offene Handelsgesellschaft, aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei. Es ist nicht ersichtlich, wie begründet werden soll, daß eine Gesamtheit zwar Gesellschafter einer gewöhnlichen Gesellschaft, aber nicht Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft werden könne. — Daß eine offene Handelsgesellschaft als solche haftender Gesellschafter einer stillen Gesellschaft sein kann, ist anerkannt in R.G. XXX, 35. Daß sie persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein könne, ist angenommen in Johow II, 21; dagegen Johow XI, 20. Daß sie Genosse einer Eingetragenen Genossenschaft sein kann, ist anerkannt Johow XIV, 54.

2. **Mehrere Gesellschaften derselben Gesellschafter.** Während der Einzelkaufmann immer nur eine Vermögensmasse haben kann (§. 17 Anm. III c), ist es möglich, daß dieselben Personen verschiedene selbständige Gesellschaften bilden. (R.O.H. XXIV, 156, R.G. XVI, 17, XXXII, 34). Ob letzteres der Fall, ist dann Thatfrage und namentlich daraus zu entnehmen, ob thatsächlich verschiedene selbständige Geschäftsbetriebe vorgelegen haben. Entscheidend ist die Art und Weise, wie die Gesellschaften nach außen hin, dem Publikum gegenüber, ins Leben getreten sind und ihre Geschäfte betrieben haben (R.G. XVI, 18). So wurde Verschiedenheit der Gesellschaften angenommen bei Betrieben auf örtlich oder anderweit unterschiedenen Gebieten unter verschiedenen Firmen trotz Ziehung einer gemeinschaftlichen Bilanz (O.L.G. Hamburg v. 30. Septbr. 1889, Z.f.H. Bd. 40 S. 456); dagegen Einheit der Gesellschaften, trotzdem die Geschäfte der an verschiedenen Orten aber unter gleicher Firma betriebenen Niederlassungen in Bezug auf Buchführung, Kasse, Schriftwechsel als für sich bestehende kaufmännische Betriebe behandelt wurden (O.L.G. Hamburg v. 11. Juni 1890, Z.f.H. Bd. 40 S. 458). Werden verschiedene Firmen geführt (z. B. im Falle bei Bolze Bd. 19 Nr. 626), so wird in der Regel anzunehmen sein, daß die Begründung verschiedener Gesellschaften beabsichtigt und nach außen kundgegeben ist; anders z. B., wenn am Kopf der Briefbogen beide Firmen untereinandergestellt sind (R.O.H. XV, 175, XXIV, 165), oder wenn die eine Firma nur von der anderen gekauft ist und fortgeführt wird. Die Gleichheit der Firmen bei Geschäftsbetrieben an verschiedenen Orten bietet dagegen allein noch keinen Anhalt für die Annahme einer Einheit der Gesellschaften (R.G. XVI, 18, Johow XV, 14). Bilden dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften, so können die Gläubiger der einen nicht das Gesellschaftsvermögen der anderen in Anspruch nehmen (Denkschr. 90, § 124 Abs. 2 H.G.B.).

3. **Der einzelne Gesellschafter ist Kaufmann, aber nicht Einzelkaufmann.** §. 1 Anm. II E, F.
4. **Geschäftsunfähige** (B.G. §. 104). Eintretende Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters ist in der Regel ein wichtiger Grund zum Antrage auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung (§ 131 Anm. Id).
5. **Minderjährige über 7 Jahre.** Vgl. § 1 Anm. II E.
6. **Kauffrauen.** Vgl. § 1 Anm. II H.

f. **Beschränkte Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis.**

1. **Vorschriften des B.G. und der C.P.O.**

B.G. §. 717: „Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt."

C.P.O. §. 851 Abs. 1: „Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist."

Der §. 717 B.G. betrifft die *Forderungen* aus dem Gesellschaftsverhältnis, während der §. 719 B.G. (unten Anm. Ig) das *Eigentum* an den Gesellschaftssachen behandelt. Der §. 717 erklärt nur *den übrigen Gesellschaftern gegenüber* die Anspruchsübertragung für in der Regel unwirksam (verbietet daher *nicht* eine Übertragung *mit Einwilligung* der übrigen Gesellschafter); der §. 719 erklärt die Verfügung über einen *Eigentumsanteil* für *nichtig* („kann nicht") selbst bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter. (Die Verfügung über einen „Anteil" wird aber häufig als beabsichtigte Verfügung über alle Ansprüche ausgelegt werden können; s. unten zu 3.) Wenn der §. 717 B.G. mit Rücksicht auf die Verhältnisse bei der Gesellschaft des §. 705 B.G. nur von Ansprüchen der Gesellschafter „*gegen einander*" spricht, so sind bei Anwendung dieser Bestimmung auf die offene Handelsgesellschaft auch die Ansprüche der Gesellschafter gegen die *Gesellschaft* mitbegriffen. — Über Pfändung der Ansprüche vgl. §. 135 H.G.B.

2. **Übertragung *einzelner* Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis.** Werden die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, abgetreten, so erhält der Abtretungsempfänger hierdurch gegenüber den übrigen Gesellschaftern *nicht* das Recht, bei Feststellung der Höhe jener Ansprüche mitzuwirken und Rechnungslegung hierüber zu fordern (*Str.* Bd. 83 S. 129 nach bisherigem Recht); sein Recht gegenüber den übrigen Gesellschaftern beschränkt sich darauf, die Auszahlung dessen fordern zu können, was unter Mitwirkung des *abtretenden Gesellschafters* als dessen Anspruch der Höhe nach festgestellt ist. — Tritt ein Gesellschafter in anderen als den durch §. 717 B.G. zugelassenen Ausnahmefällen *einseitig* einem Dritten Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ab, so ist die Abtretung nur gegenüber den *übrigen Gesellschaftern* und der *Gesellschaft* unwirksam, nicht aber nichtig (vgl. §. 135 B.G.); *zwischen dem Abtreter und dem Abtretungsempfänger* bleibt das eingegangene Verpflichtungsverhältnis bestehen. Der Abtretungsempfänger kann jedoch auch dem *Abtreter* gegenüber nicht fordern, daß dieser ihm die Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft in einem Umfange zugänglich mache, daß hierdurch die dem Abtreter gegenüber der Gesellschaft obliegende Pflicht der Geheimhaltung verletzt werden würde (R.O.H. XXIII, 121). Art. 98 Abs. 2 A.D.H. lautete: „Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist ins-

besondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt." Dies ist nicht ausdrücklich in das H.G.B. übernommen, bleibt indessen auch künftig zutreffend. — Wird ein „Anteil am Gesellschaftsvermögen" oder ein „Gesellschaftsanteil" übertragen, so kann dies nicht als Übertragung eines Sachenrechts aufgefaßt werden (unten Anm. I g 2), wird vielmehr je nach dem Parteiwillen auszulegen sein entweder als (einseitig zulässige) Übertragung des Forderungsrechts auf dasjenige was dem Übertragenden bei der Auseinandersetzung zukommt, oder dieses Anspruchs und außerdem des Anspruchs auf den Gewinnanteil, mitunter endlich (Bolze Bd. 20 Nr. 356) nur als Abtretung des Anspruchs auf den Gewinnanteil; nur ausnahmsweise wohl (so faßt Staub Art. 91 § 6 den Begriff) als eine (nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässige, Anm. I f 3) Übertragung aller Ansprüche und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage. Jedenfalls kommen für derartige Übertragungen die Regeln über Abtretungen entsprechend zur Anwendung (B.G. §. 413), nicht die Regeln über die Übertragung des Eigentums an Sachen (R.G. XVIII, 43). Auch für die preußische Stempelsteuer bei Beurkundung einer solchen Übertragung macht es keinen Unterschied, ob zu dem übertragenen Gesellschaftsvermögen unbewegliche Sachen gehören oder nicht (Preuß. Ges. v. 31. Juli 1895 Tarif Nr. 2, 25[d] Abs. 1; vgl. R.G. v. 24. Septbr. 1883 in Gruchot, Bd. 28, S. 249, R.G. XXV, 256).

3. **Übertragung aller Ansprüche und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis.** In einer solchen Übertragung liegt die Vereinbarung über den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft (in der Regel unter gleichzeitigem Ausscheiden eines bisherigen Gesellschafters). Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft setzt aber den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages voraus (Denkschr. 82), auch wenn dieser Eintritt nur erfolgt, indem der Neueintretende die Rechte und Pflichten eines anderen, ausscheidenden Gesellschafters übernimmt. (Und zwar nicht nur der Eintritt eines offenen Handelsgesellschafters, sondern auch der Eintritt eines stillen Gesellschafters; R.O.H. XIII, 64). Die mithin erforderliche Zustimmung (vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung) zur Abtretung aller Rechte und Pflichten aus einem Gesellschaftsverhältnis seitens eines Gesellschafters an einen Dritten kann von den übrigen Gesellschaftern auch allgemein, ohne Kenntnis der Person des Dritten erteilt werden (Str. Bd. 66 S. 317, R.G. XVIII, 44, Staub, Cosack S. 535; a. M. Behrend. Vgl. §. 183 B.G.). Es genügt, wenn die Zustimmung entweder gegenüber dem Abtreter oder gegenüber dem Abtretungsempfänger erklärt ist (§. 182, Abs. 1 B.G. Vgl. R.O.H. XVII, 354). Die Zustimmung kann auch auf einer vertraglichen oder durch Erbschaftsantritt maßgebend gewordenen letztwillig verfügten Bindung beruhen (unten Anm. I h).

g. **Gesellschaftsvermögen.**

1. **Vorschriften des B.G. und der C.P.O.**

B.G. §. 718: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird."

B.G. §. 719: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuld-

ner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen."

B.G. §. 720: „Die Zugehörigkeit einer nach §. 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung."

C.P.O. §. 859 Abs. 1 (im Teil „Zwangsvollstreckungen in Forderungen und *andere Vermögensrechte*"): „Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach §. 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist der Pfändung unterworfen. Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen."

Die in §. 859 Abs. 1 Satz 1 C.P.O. enthaltene Beschränkung auf eine „nach §. 705 B.G. eingegangene Gesellschaft" soll anscheinend die offene Handelsgesellschaft ausschließen (vgl. die entsprechende Redewendung in §. 736 C.P.O., abgedruckt §. 124 Anm. IIe, und in §. 28 K.O., abgedruckt §. 131 Anm. Ie). In der That kann — gleichgiltig, was man für die Gesellschaft des B.G. annehmen mag — jedenfalls bei der *offenen Handelsgesellschaft* nicht von einem *Sachen*recht an dem Gesellschaftsanteil die Rede sein (unten zu 2). Das H.G.B. erwähnt daher überhaupt nicht die Möglichkeit einer Pfändung des Anteils. Während §. 725 Abs. 1 B.G. von „Pfändung des *Anteils* des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen" handelt (und hierein — wie es scheint — nach §. 725 Abs. 2 B.G. den „Anspruch auf einen Gewinnanteil" einschließt), erwähnt der entsprechende §. 135 H.G.B. nur die „Pfändung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Es ist anzunehmen, daß dies auf Grund der zutreffenden Erwägung geschehen ist, daß bei der offenen Handelsgesellschaft ein „Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen" überhaupt nicht in *anderem* Sinne vorkommen kann (oben Anm. If 2) als wenn darunter verstanden wird: 1. der Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt; und 2. der Anspruch auf einen Gewinnanteil während bestehender Gesellschaft. Beides ist aber schon gemäß §. 717 B.G. einseitig übertragbar, mithin auch unbeschränkt pfändbar.

Aus demselben Grunde ist aber für die offene Handelsgesellschaft unanwendbar derjenige *Teil* des §. 719 B.G., welcher bestimmt, daß ein Gesellschafter über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen nicht verfügen könne. Ein solcher „Anteil", als *Sachen*recht gedacht, besteht bei der offenen Handelsgesellschaft überhaupt nicht (unten zu 2); infolgedessen ist es *selbstverständlich*, daß darüber nicht verfügt werden kann. Für die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden *Forderungs*rechte ist aber §. 717 B.G. maßgebend.

Zu beachten ist ferner, daß die in §. 718 B.G. gegebene **Begriffsbestimmung des „Gesellschaftsvermögens"** als „gemeinschaftlichen Vermögens *der Gesellschafter*" nicht etwa ohne weiteres auch für die offene Handelsgesellschaft gilt. Wesentliche Folgerungen aus jener Anschauungsweise sind für die offene Handelsgesellschaft gerade *ausgeschlossen* (§. 105 Abs. 2: es ist „ein Anderes vorgeschrieben"), so insbesondere die (für das „Gesellschaftsvermögen" des B.G. in §. 736 C.P.O. bestimmte) Zwangsvollstreckung aus einem gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteil (§. 124 Anm. IIe) und die (für die Gesellschaft des B.G. bestehende) Vermischung des Gesellschaftskonkurses mit den Privatkonkursen (§. 124 Anm. IIf). Für die offene Handelsgesellschaft ist daher der Begriff des Gesellschaftsvermögens *selbständig* zu bestimmen mit Rücksicht auf die eigene Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft (§. 124 Anm. Ia), die sie von der Gesell-

schaft des B.G. unterscheidet. Zutreffend ist die Bezeichnung „Vermögen der Gesellschaft" (nicht der Gesellschafter) als gleichbedeutend mit „Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft" gebraucht in §. 155 (Abs. 1 verglichen mit Abs. 3). Ebenso ist das „Gesellschaftsvermögen" der Aktiengesellschaft (§. 185) ein anderer, selbständig zu bestimmender Begriff.

2. **Anteile am Gesellschaftsvermögen.** Dies ist im B.G. und in der C.P.O. ein im wesentlichen sachenrechtlicher Begriff (= Miteigentum bezw. Mitberechtigung am Inbegriff zu unbestimmten Anteilen). Die Anschauung, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nach dem Verhältnis der Kapitalkonten im Miteigentum der Gesellschafter stehen, beruht auf irriger Auffassung der Bedeutung der Kapitalkonten; dies ergiebt sich, wenn man das Vorhandensein eines Passivsaldos in Betracht zieht (Denkschr. 87. — Ausführlich und zutreffend auseinandergesetzt bei Staub Art. 91 §. 6, Art. 106 §. 5. Über die Bedeutung der Kapitalkonten §. 120 Anm. II.). Völlig willkürlich ist auch die Annahme Cosacks (S. 534), die Anteile der Gesellschafter am „aktiven Gesellschaftsvermögen" ständen im gleichen Verhältnis zu einander wie ihre Anteile am Gesellschaftsgewinn (R.G. XXX, 153). Bei der von Cosack angegebenen Berechnungsart, welche zu diesem Ergebnis führen soll, ist das Gesuchte vorausgesetzt. Nach §. 718 B.G. sind überhaupt während bestehender Gesellschaft keine in bestimmten Bruchteilen anzugebende Anteile der einzelnen Gesellschafter vorhanden. (Ebenso R.G. IX, 144, XXV, 256, XXX, 152). Für die offene Handelsgesellschaft muß aber (im Gegensatz zur herrschenden Meinung) noch weitergehend geleugnet werden, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen überhaupt ein sachenrechtlicher Begriff ist und nicht vielmehr nur ein forderungsrechtlicher, der gleichbedeutend ist mit dem „Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt." Dies ergiebt sich aus der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. Ig 1, 3). Hiermit in Übereinstimmung steht die aus der Vergleichung von §. 135 H.G.B. mit §. 725 Abs. 1 B.G. zu ziehende Folgerung (oben zu 1), die Anerkennung, daß die Übertragung des Gesellschaftsanteils nur nach den Regeln der Forderungsübertragung behandelt werden kann (R.G., angeführt oben Anm. If 2), die Annahme eines Eigentumswechsels bei der Einlegung des den Gesellschaftern gemeinsamen Grundstücks in die Gesellschaft (Johow XVII, 45 im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des K.G. und R.G., angeführt §. 124 Anm. IIb), die Erwähnung des „beweglichen Vermögens des Gesellschafters" in §. 135 als nicht einen etwaigen unbestimmten Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft einschließend (§. 135 Anm. Id), die Voraussetzung in §. 140 Abs. 2, daß bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Auseinandersetzung (über seinen „Anteil am Gesellschaftsvermögen") mit der Gesellschaft (nicht, wie nach §§. 738—740 B.G., mit den übrigen Gesellschaftern) stattzufinden hat (§. 138 Anm. IV). Mit dem Ausdruck „Anteil am Gesellschaftsvermögen" werden mitunter auch andere (forderungsrechtliche) Bedeutungen als die hier entwickelte verbunden (oben Anm. If 2). — Der Anspruch aus der Geschäftsführung ist auch nach dem B.G. nicht Teil des „Anteils am Gesellschaftsvermögen" (§. 717 B.G. verglichen mit §. 725 B.G.). — Wegen der beschränkten Übertragbarkeit der Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis vgl. oben Anm. If. — Über Einlagen s. §. 111 Anm. Ia.

3. **Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.** Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens auch gegenüber sonstigen gemeinschaftlich allen Gesellschaftern zustehenden Sachen oder Rechten folgt aus der in den §§. 718, 719 B.G. liegenden Anerkennung eines Eigentums zur gesamten Hand (Denkschr. 90) und aus den Vor-

schriften der §§. 124, 129 H.G.B. Über die Unanwendbarkeit der Begriffsbestimmung des Gesellschaftsvermögens in §. 718 B.G. auf die offene Handelsgesellschaft vgl. oben zu 1. — Hat die Gesellschaft gemietet, so erstreckt sich das Pfandrecht des Vermieters nur auf die zum Gesellschaftsvermögen, nicht auch auf die zum Privatvermögen eines Gesellschafters gehörenden eingebrachten Sachen (B.G. §. 559, R.O.H. XXI, 129.

4. Ausschluß der Aufrechnung mit Schuld oder Forderung einzelner Gesellschafter.

α. Forderung der Gesellschaft an einen Dritten, Schuld eines Gesellschafters an denselben. Der von der Gesellschaft in Anspruch genommene Dritte kann nicht mit der ihm gegenüber bestehenden Schuld eines Gesellschafters aufrechnen (B.G. §. 719 Abs. 2, abgedruckt oben zu 1; Denkschr. 90). — Der von dem Dritten in Anspruch genommene Gesellschafter kann gleichfalls nicht (kraft eigenen Rechts) mit der Gesellschaftsforderung aufrechnen. Gründet sich jedoch der geltend gemachte Anspruch auf die Gesamthaftung des Gesellschafters wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft, so hat der Gesellschafter eine aufschiebende Einrede so lange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen die Gesellschaftsforderung befriedigen kann (§. 129 Anm. IIc).

β. Schuld der Gesellschaft an einen Dritten, Forderung eines Gesellschafters an denselben. Die von dem Dritten in Anspruch genommene Gesellschaft kann nicht mit der Forderung des Gesellschafters an den Dritten aufrechnen, denn ihr steht keine Verfügungsbefugnis über das Privatvermögen des Gesellschafters zu (R.G. XI, 116, B.G. §. 422 Abs. 2). Anders selbstverständlich, wenn der Gesellschafter seine Forderung der Gesellschaft abtritt. Eine solche Abtretung liegt nicht immer schon dann vor, wenn der Gesellschafter die Gesellschaft nur ermächtigt, seine Forderung zur Aufrechnung gegenüber dem Dritten zu benutzen (R.G. XXXI, 86; vgl. R.G. X, 48). Besteht neben der Schuld der Gesellschaft auch eine Gesamtschuld (§. 128) desjenigen Gesellschafters, welcher seinerseits eine Forderung an den Dritten hat, und nimmt nun der Dritte die Gesellschaft in Anspruch, so kann der Gesellschafter, indem er nunmehr seinerseits gegenüber dem Dritten die Aufrechnung seiner Gesamtschuld mit seiner Forderung erklärt, auch die gesamthaftende Gesellschaft von ihrer Schuld befreien (B.G. §. 422 Abs. 1, R.G. XI, 118). Der Gesellschaftsgläubiger kann ein solches Verfahren des Gesellschafters nicht etwa dadurch ausschließen, daß er einseitig erklärt, seine (des Gesellschaftsgläubigers) auf die Gesamthaftung gegründete Forderung an den aufrechnungsberechtigten Gesellschafter nicht geltend machen zu wollen, denn die Forderung kann nur durch zweiseitigen Erlaß, nicht durch einseitigen Verzicht erlöschen (B.G. §. 397. Im Ergebnis ebenso, aber mit nicht zu billigender Begründung R.G. XXXI, 82). — Der von dem Gesellschafter in Anspruch genommene Dritte kann eine Gesellschaftsschuld als solche nicht aufrechnen (denn die zwei Personen schulden nicht einander Leistungen, B.G. §. 387; vgl. jedoch R.G. XXXI, 83), vielmehr nur die ihm etwa gegen den in Anspruch Nehmenden auf Grund der Gesamthaftung desselben für Gesellschaftsverbindlichkeiten zustehende Forderung.

h. **Vorvertrag und letztwillige Verfügung** können, wenn genügend bestimmt, ein klagbares Recht auf Begründung einer offenen Handelsgesellschaft oder auf Aufnahme in eine solche gewähren. Für den Fall des Vertrages vgl. §§. 154, 157, 315 ff. B.G., R.O.H. IX, 38, R.G. XXXV, 187, Bolze Bd. 23 Nr. 575, bei Genossenschaft R.G. XL, 47, für den Fall der letztwilligen Verfügung vgl. R.G. XXX, 147, Bolze Bd. 14 Nr. 491, 492, § 139 H.G.B. Das R.O.H. IX, 38 bemerkt: „Notwendige Voraussetzung der Rechtswirksamkeit des Vertrages ist, daß die einzelnen Bestimmungen

des abzuschließenden Vertrags" (z. B. Einlagen, Gewinn- und Verlustanteile, Dauer) „festgestellt sind, und zwar entweder durch besondere Verabredung, welche auch stillschweigend erfolgen kann, oder durch Übereinkommen, daß, soweit eine solche besondere Verabredung nicht getroffen ist, die ergänzenden (subsidiären) Rechtssätze über Handelsgesellschaften maßgebend sein sollen. Auch dies letztere Uebereinkommen kann zwar stillschweigend getroffen werden, allein es ist nicht ohne weiteres überall dann und insoweit als getroffen anzunehmen, wenn und insoweit besondere Verabredungen nicht getroffen sind. Die für die Gesellschaft selbst subsidiär geltenden Bestimmungen setzen als solche den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages voraus und können für den Vorvertrag nur durch Vermittelung eines darauf gerichteten Willensaktes maßgebend werden." — Ob im einzelnen Fall ein Vorvertrag oder bereits ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, ist Thatfrage (vgl. R.G. XII, 304).

i. **Wirkung der Eintragung oder Nichteintragung im Handelsregister.** Die allgemeinen Grundsätze kommen zur Anwendung mit der im §. 123 enthaltenen Maßgabe. Grundsätzlich hat die Eintragung daher auch hier nur erklärende Wirkung (§ 15 Anm. III); die Eintragung als offene Handelsgesellschaft ist an sich nicht beweisend für das Vorliegen einer solchen. So R.O.H. XXIII, 281 anwendbar auf den Fall, daß durch Irrtum des Registerrichters trotz Nichtanmeldung eine offene Handelsgesellschaft eingetragen ist; R.G. XVI, 340, XXXV, 18 in Fällen, in denen nur Gemeinschaft der Miterben vorlag; R.G. XL, 146, Bolze Bd. 6 Nr. 631, Bd. 9 Nr. 711a in Fällen, wo kein Betrieb eines Handelsgewerbes vorlag. In letzterer Beziehung greift jetzt die Vermutung des §. 5 ein. Auch Einwendungen wegen Nichtbestehens eines Gesellschaftsvertrages (z. B. wegen Geisteskrankheit eines Vertragschließenden, Cosack S. 530) sind zulässig. Nur für die Frage, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, kommt nach §§. 2, 3 Abs. 2, §. 5 die Eintragung in Betracht. Andererseits kann trotz Nichteintragung oder Eintragung als Einzelfirma (z. B. zu dem Zweck, eine stille Gesellschaft vorzuspiegeln) eine offene Handelsgesellschaft bestehen (R.G. XXXI, 39). Eine offene Handelsgesellschaft gelangt nicht mit Notwendigkeit zur Entstehung allein dadurch, daß sie als solche mit dem Willen der als Gesellschafter Bezeichneten in das Handelsregister eingetragen wird (R.G. XXXVII, 60). — Über die gegen Dritte eintretende Wirkung vgl. §. 15 Anm. III A b bei einer zu Recht erfolgten Eintragung der offenen Handelsgesellschaft, §. 15 Anm. III A c 1, R.G. XL, 146 bei einer zu Unrecht erfolgten Eintragung. Über die Wirkung der Eintragung in den Fällen der §§. 2, 3 Abs. 2 vgl. § 123 Anm. III c.

k. **Beginn** der Gesellschaft. Vgl. § 106 Anm. II d.

II. **Der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.** (Merkmal bejahenden Inhalts.)

a. **Zweck.** Diese Form der Begriffsbestimmung ist dem §. 705 B.G. entlehnt, und insoweit ist die Fassung des Art. 85 A.D.H. geändert. Art. 85 Abs. 1 lautete: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist." Eine offene Handelsgesellschaft kann daher nach der jetzigen Begriffsbestimmung schon bestehen, bevor der Betrieb begonnen hat (§ 106 Anm. II d). Dies sogar in den Fällen der §§. 2, 3 Abs. 2 falls der Zweck auch die Eintragung umfaßte. (Hätte das Gegenteil bestimmt werden sollen, wie Denkschr. 12 und §. 176 Abs. 2 H.G.B. voraussetzen und Denkschr. 81 folgert, so hätte der Zusatz „soweit nicht aus dem §. 2 sich ein Anderes ergiebt" nicht in den §. 123, sondern in die Begriffsbestimmung des §. 105 aufgenommen werden müssen; vgl. §. 123 Anm. III c.) Auf eine solche offene Handelsgesellschaft finden in der Zwischenzeit bis zum Betriebsbeginn die Vorschriften über

Kaufleute Anwendung (§. 6 Abs. 1), obgleich die Gesellschaft bis dahin weder wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes der in §. 1 erwähnten, noch wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes der in §. 2, §. 3 Abs. 2 erwähnten Art bezweckt ist, Kaufmann ist. Dahin ist §. 2 Anm. V zu berichtigen. Die Anwendbarkeit jener Vorschriften über Kaufleute beschränkt sich aber zunächst auf das Verhältnis nach innen. Über den Zeitpunkt, in welchen gegenüber Dritten die offene Handelsgesellschaft als solche in Wirksamkeit tritt, vgl. §. 123.

b. **Betrieb.** Vgl. §. 1 Anm. II E. Ein Betreiben liegt auch dann vor, wenn der Betrieb zwar im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung stattfindet. Dagegen nicht, wenn zwar für gemeinschaftliche Rechnung, aber nicht im eigenen Namen, d. h. unter gemeinschaftlicher Firma (Anm. II e) Geschäfte abgeschlossen werden (R.O.H. II, 425). Neben der — bereits in der Anmeldung zum Handelsregister liegenden — Erklärung, für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften zu wollen, ist für den einzelnen Gesellschafter die Betheiligung an der Führung des unter der Gesellschaftsfirma betriebenen Handelsgeschäfts durch eigene Thätigkeit oder durch Beisteuern kein Erfordernis (R.G. XX, 75; damit wohl vereinbar B.G. §. 705). Es genügt daher, wenn beabsichtigt ist, daß nur einer der Gesellschafter oder daß nur ein Vertreter der Gesellschafter eine eigene Betriebsthätigkeit ausübt. Beteiligt sich aber der nicht selbst thätige oder nicht beisteuernde Gesellschafter auch nicht einmal insoweit, daß er durch den Beitritt den Kredit des Unternehmens stärken will, und wird das Gewerbe auch nicht für seine Rechnung betrieben, so wird in der Regel ein Scheinvertrag und kein wirklicher Gesellschaftsvertrag vorliegen und aus diesem Grunde das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft zu verneinen sein (vgl. R.G. XXXVII, 61). — Liegt Handwerksbetrieb vor, oder geht der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist eine Vereinigung zum Zwecke eines derartigen Betriebes keine offene Handelsgesellschaft (§. 4 Abs. 2).

c. **Handelsgewerbe.** Vgl. §. 1 Anm. III, §§. 2, 3. Für die Fälle der §§. 2, 3 kann eine offene Handelsgesellschaft bereits vor der Eintragung bestehen, wenn nur letztere beabsichtigt ist, denn es genügt, daß der „Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet" ist; nach außen wird aber in diesen Fällen die Gesellschaft in der Regel erst mit der Eintragung wirksam als offene Handelsgesellschaft (§. 123 Anm. III c). — Die bloße Bezeichnung einer Gesellschaft als „Handlung A. & B." genügt nicht für die Annahme des Vorliegens einer offenen Handelsgesellschaft (R.O.H. VX, 237). — Betreibt eine offene Handelsgesellschaft außer ihrem Handelsgewerbe auch Nichthandelsgeschäfte, so ist sie dennoch nach R.G. XXXII, 33, R.G. v. 4. Mai 1894 J.W. S. 318 auch für letzteren Teil des Betriebes offene Handelsgesellschaft (vgl. jedoch §. 1 Anm. II F). — Eine nur nach dem B.G. zu beurteilende Gesellschaft liegt vor, wenn nicht der dauernde Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern nur der Abschluß einzelner Handelsgeschäfte bezweckt ist (R.G. XIII, 230).

d. **Firma.** Vgl. §. 17 Anm. II, III a. Eine Handwerkerfirma oder eine Firma von Kleingewerbetreibenden ist keine Firma im Sinne des H.G.B. (§. 4).

e. **Gemeinschaftliche** Firma. „Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten . . . Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich. Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma . . . nicht aufgenommen werden" (§ 18). Eine gemeinschaftliche Firma kann vorhanden sein, trotzdem die gebrauchte Firma den bestehenden Formvorschriften nicht entspricht (Bolze Bd. 2 Nr. 1095) oder aus anderen Gründen nicht geführt werden darf. Da aus dem Wortlaut der Firma (z. B. bei abgeleiteten Firmen) kein in allen Fällen entscheidendes Merkmal für die Gemeinschaftlichkeit entnommen werden kann, so muß als allein entscheidend angesehen werden,

ob die Gesellschafter die Absicht hatten, die gewählte Firma nach außen hin (Bolze Bd. 3 Nr. 789) als eine gemeinschaftliche zu gebrauchen und — soweit die Geschäfte schon begonnen — ob sie die Firma so gebraucht haben. Keine gemeinschaftliche Firma liegt daher vor, wenn die geführte Firma absichtlich so gewählt ist und so gebraucht wird, daß nach außen die Täuschung hervorgebracht werden soll, sie sei keine gemeinschaftliche (R.G. in Strff. XXIV, 262). Von den Umständen des Einzelfalles ist es abhängig, ob, wenn keine gemeinschaftliche Firma beabsichtigt ist, eine nach dem B.G. zu beurteilende Gesellschaft, eine stille Gesellschaft, oder ein anderes Rechtsverhältnis (R.O.H. II, 425, V, 388, VIII, 248, R.G. XXXIII, 129, Bolze Bd. 10 Nr. 528) vorliegt. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß gelegentlich eines Rechtsverhältnisses, welches keine offene Handelsgesellschaft ist, die Beteiligten vereinbaren können, daß im inneren Verhältnis die Regeln der offenen Handelsgesellschaft zur Anwendung kommen sollen (R.O.H. II, 424).

III. **Bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt.** (Merkmal verneinenden Inhalts.)

a. **Keine Haftungsbeschränkung.** Hierin liegt das Unterscheidungsmerkmal von der K.G. und K.A.G., bei denen die Beteiligung einzelner, und von der A.G. und Gesellschaft m. b. H., bei denen die Beteiligung aller Gesellschafter auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Ob eine solche Beschränkung vorliegt, ist aus dem Gesetz abzuleiten; andernfalls würde man bei Anwendung des §. 128 das Gesuchte voraussetzen. Unerheblich ist daher, ob nach Abrede der Gesellschafter — soweit nicht in besonderen Fällen bei Einhaltung bestimmter Bedingungen das Gesetz einer solchen Abrede Kraft verleiht, z. B. im Falle der §§. 171, 162 — eine solche Beschränkung vorhanden sein soll (vgl. §. 128 Satz 2). Auch falls dauernd bei jedem Vertragsabschluß mit Dritten bedungen wird, daß einer oder alle Gesellschafter beschränkt haften (eine Abrede, die zulässig ist; §. 128 Anm. IV), so verliert hierdurch die Gesellschaft dennoch nicht die Eigenschaft als offene Handelsgesellschaft; die Gesellschafter einer solchen Handelsgesellschaft haften z. B. dennoch unbeschränkt aus unerlaubten Handlungen.

b. **Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.** Ob nach innen eine Haftungsbeschränkung vereinbart worden, ist unerheblich. Das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft mit nach außen eintretender Gesamthaft der Gesellschafter wird daher dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter bedungen haben, untereinander jeder nur für einen bestimmten Bruchteil haften zu wollen.

c. **Beweislast.** Nach bisherigem Recht wurde angenommen, daß derjenige, der das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft behaupte, nur zu beweisen habe, daß das Merkmal bejahenden Inhalts (oben Anm. II) zutreffe; dagegen sei es Sache desjenigen, der das Nichtvorliegen des Merkmals verneinenden Inhalts (Anm. III), in bejahender Form ausgedrückt: das Vorhandensein einer Haftungsbeschränkung nach außen einwende, hierfür den Beweis zu führen (Str. Bd. 64 S. 136). Für das B.G. gilt (wenn auch nicht ausnahmslos durchgeführt) die Regel, daß der Beweis des Inhalts eines verneinenden Bedingungssatzes von demjenigen, der das Vorliegen der Verneinung behauptet, zu erbringen ist in denjenigen Fällen, in denen das „nicht" nicht unmittelbar hinter dem „wenn", sondern weiter hinten im Satze steht (Planck, B.G. Buch I Vorbemerkungen V, 5). Würde diese Regel auf den §. 105 H.G.B. angewendet (bei welchem das „nicht" in dem „kein" steckt), so würde wer das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft behauptet, auch das Nichtvorhandensein von Haftungsbeschränkungen nach außen beweisen müssen. Eine solche Änderung des nach bisherigem Recht mit denselben Worten verbundenen Sinnes ist jedoch nicht als beabsichtigt anzusehen. Wird dargethan, daß eine Gesellschaft begründet ist (oben Anm. I), und daß das für die offene Handelsgesellschaft bezeichnende Merkmal bejahenden In-

halts (oben Anm. II.) vorhanden ist, so folgt daraus von selbst die Regel der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter. Nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung ist die beschränkte Haftung eines Gesellschafters noch entschieden die Ausnahme. Anzuwenden ist daher die in dem (später trotz Nichtanfechtung des Inhalts gestrichenen) §. 194 Entw. I B.G. ausgesprochene Beweisregel: „Wer die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, hat diese besonderen Thatsachen zu beweisen."

IV. **Beziehungen zum Ausland.** Über die Rechte ausländischer Gesellschaften in Deutschland und deutscher Gesellschaften im Auslande vgl. §. 6 Anm. IV. In den Konsularbezirken kann eine aus Deutschen und Nichtdeutschen bestehende offene Handelsgesellschaft als deutsche Gesellschaft begründet werden und erwirbt hierdurch deutsche Staatsangehörigkeit; der Konsul ist befugt, sie in das von ihm geführte Handelsregister einzutragen, sofern nicht etwa für den betreffenden Konsularbezirk durch Gesetze, Verträge oder Herkommen besondere Schranken gezogen sind, und er darf die Eintragung nicht davon abhängig machen, daß die fremden Gesellschafter sich für ihre Personen in Bezug auf alle die Gesellschaft betreffenden Rechtsstreitigkeiten der Gerichtsbarkeit des deutschen Konsulargerichts unterwerfen; der Konsul ist andererseits berechtigt, die Eintragung abzulehnen, wenn es sich bei dem gesellschaftlichen Unternehmen nicht um ein überwiegend deutsches Interesse handelt, oder wenn zu besorgen ist, daß im Einzelfalle die Eintragung zu Verwickelungen mit anderen Staaten führen könnte (R.G. XXXVI, 176; teilweise abweichend R.G. v. 19. Jan. 1895 J.W. S. 84). Die partnership des englischen Rechts gleicht zwar der offenen Handelsgesellschaft in vielen Stücken, ist jedoch in noch etwas geringerem Grade als die letztere gesondert von den Personen der Gesellschafter; deshalb ist angenommen, daß eine partnership mit Sitz in England, deren sämtliche Gesellschafter Deutsche sind, wenn sie in Deutschland klagt, nicht zur Sicherstellung wegen der Rechtsstreitskosten verpflichtet ist (R.G. XXXVI, 396).

§. 106.

Anmeldung bei Errichtung.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.

A.D.H. Art. 86. **Entw. I** §. 95. **Entw. II** §. 104.

§. 106.

I. **Sitz** der Gesellschaft. Vgl. §. 17 C.P.O.: „Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird." Der Sitz einer offenen Handelsgesellschaft entspricht dem Wohnsitz des Einzelkaufmanns. (Vgl. §. 29 Anm. IV.) Die Anmeldungspflicht jedoch ist in beiden Fällen eine verschiedene (unten Anm. II c). In der Regel fallen Sitz und Hauptniederlassung (§. 13 Anm. I b) zusammen (P. 4660, Ob. Trib. Bd. 71 S. 98).

II. **Inhalt der Anmeldung.**

a. **Personen der Gesellschafter** nach Namen (d. h. Familienname, vgl. §. 18 Anm. III a), Vornamen (vgl. §. 18 Anm. III b), Stand (die Bezeichnung „Kaufmann" genügt; Angabe des Geschäftszweiges ist nicht erforderlich) und Wohnort (dies wohl gleichbedeutend mit ‚Wohnsitz", ebenso wie in der C.P.O., nicht im Sinne des Handelsorts, innerhalb dessen der Wohnsitz liegt, unten Anm. II c). Falls

juristische Personen oder offene Handelsgesellschaften Gesellschafter sind (§. 105 Anm. I e 1), so ist entsprechend die Anmeldung ihrer Firma und ihres Sitzes zu fordern.

b. **Firma.** Vgl. §. 17 ff.

c. **Ort des Sitzes.** Der Wohnsitz eines Einzelkaufmanns braucht nicht angemeldet zu werden (§. 29 Anm. IV). Wohl aber der Sitz derjenigen juristischen Personen, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat (§. 33 Anm. IV), und der eingetragenen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§. 36). Für die offene Handelsgesellschaft wird in §. 106 Abs. 2 nicht die Anmeldung „des Sitzes", sondern die Anmeldung des „Ortes, wo sie ihren Sitz hat" gefordert. Man wird anzunehmen haben, daß hier unter „Ort" nichts anderes verstanden werden soll, als in dem entsprechenden §. 29, daß mithin „Ort" im Sinne von „Handelsplatz" ohne Rücksicht auf die Grenzen von Gemeinde- oder Gerichtsbezirken (§. 29 Anm. V) gemeint ist. Ist dies richtig, so würde eine in der Vorstadt ihren Sitz habende offene Handelsgesellschaft bei dem Gericht der Vorstadt (Gericht des Sitzes, §. 106 Abs. 1) als Ort ihres Sitzes die Hauptstadt (§. 106 Abs. 2 Ziff. 2) anzumelden haben. — Die Vorschrift, daß bei offenen Handelsgesellschaften der Ort des Sitzes anzumelden ist, deckt sich nicht vollständig mit der allgemeinen Bestimmung des §. 29, wonach bei jedem Kaufmann der Ort der Handelsniederlassung anzumelden ist. Fälle sind denkbar, in denen „Sitz" und „Handelsniederlassung" auseinanderfallen; in diesen Fällen ist beides anzumelden (unten Anm. II e).

d. **Zeitpunkt mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.** Die Anmeldung darf daher erst erfolgen, nachdem die Gesellschaft begonnen hat. Anmeldungen, in denen ein späterer Zeitpunkt angegeben ist, mit welchem eine Gesellschaft erst beginnen soll, sind zurückzuweisen (vgl. R.G. XXII, 59), und auf Grund derselben ist auch nicht etwa nach Ablauf der Zeit die Eintragung vorzunehmen (Centralorgan, Neue Folge I, 575). Die Gesellschaft beginnt — wenn sie auch gegenüber Dritten unter Umständen erst später wirksam wird (§. 123) — bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder, wenn im Gesellschaftsvertrage ein späterer Zeitpunkt des Beginnes festgesetzt ist, mit diesem Zeitpunkt (§. 105 Anm. II a). Der Zeitpunkt des Betriebsbeginnes kann ein späterer sein als der Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginnes (dagegen nach bisherigem Recht Staub); jener ist nicht anzumelden (dagegen nach bisherigem Recht R.G. XXXIV, 55). Auch der Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginnes im Verhältnis nach innen kann unter Umständen für Dritte erheblich sein, z. B. bei Bestimmung der Dauer des Geschäftsjahrs und der infolgedessen eintretenden Fälligkeit des an einen Dritten übertragenen Jahres-Gewinnanteils. Daher ist nicht ausgeschlossen, daß dieser Zeitpunkt durch das zur Einsicht Dritter bestimmte Handelsregister festgestellt werden sollte. Vgl. auch §. 123 Anm. II a. — Aus §. 123 Abs. 3 ist gleichfalls eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsanfang und Geschäfts-(Betriebs-)beginn zu entnehmen.

e. **Ort der Handelsniederlassung.** Neben den für die offene Handelsgesellschaft gegebenen **Sonder**vorschriften der §§. 106—108 gelten für dieselbe auch die für **alle** Arten von Kaufleuten (§ 6 Abs. 1) gegebenen Vorschriften des Buch I, namentlich also bezüglich der Anmeldung die Bestimmungen der §§. 12 ff., 29 ff. Nach §. 29 ist auch der Ort der Handelsniederlassung anzumelden. Bezüglich der Hauptniederlassung wird er allerdings in der Regel mit dem Ort des Sitzes der Gesellschaft (oben Anm. II c) zusammenfallen, und dann ist eine besondere diesbezügliche Anmeldung entbehrlich. Bei Anmeldung der Zweigniederlassung (vgl. §. 13) muß jedoch außer dem Ort

des Sitzes der Gesellschaft (und dem etwa von dem Ort des Sitzes verschiedenen Ort der Hauptniederlassung) auch der Ort der Zweigniederlassung angemeldet werden.

f. **Etwaige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis.** Vgl. §. 125 Anm. VIc.

g. **Nicht** vorgeschrieben ist die Anmeldung des **Gegenstandes** des Gewerbebetriebes (P. 171, R.G. v. 4. Jan. 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 496, anders bei den juristischen Personen der §§. 33, 36). Da der Gegenstand nicht eintragungs *pflichtig* ist, so ist er auch nicht eintragungs *fähig* (§. 12 Anm. IIc).

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. §§. 108, 12.

IV. **Zeit der Anmeldung.** Da eine bestimmte Frist nicht in das Gesetz aufgenommen ist (P. 983), so muß die Anmeldung unverzüglich, nachdem die Pflicht zur Erstattung derselben entstanden ist, geschehen, denn andernfalls beginnt zu gleicher Zeit auch die Befugnis zur Einleitung des Verfahrens auf Verhängung von Ordnungsstrafen gemäß §. 14. Zweifelhaft ist, ob die Anmeldungspflicht bereits mit dem *Gesellschafts*beginn (oben Anm. IId) oder erst mit dem *Betriebs*beginn entsteht. Für letzteres P. 174 und Staub. Das Gesetz selbst enthält keine ausdrückliche Vorschrift. Man wird wohl den *Betriebs*beginn als das Entscheidende anzusehen haben. Erst durch den *Betrieb* tritt die Gesellschaft nach *außen* handelnd auf; das Handelsregister dient aber nur dem Zwecke, nach *außen* die bestehenden Rechtsverhältnisse bekannt zu geben. (Allerdings vgl. oben Anm. IId). Bei dem *Einzel*kaufmann ferner hat eine Anmeldung erst nach dem Betriebsbeginn zu erfolgen (R.G. XXII, 59); dasselbe muß im Zweifel auch bei *Gesellschaften* gelten. Gleiches folgt, wenn die oben Anm. IIe vorgetragene Ansicht richtig ist, daß auch der Ort der *Handelsniederlassung* angemeldet werden muß; denn einerseits läßt sich von einer „Niederlassung" nicht wohl reden bevor ein Handelsbetrieb begonnen hat, andererseits soll nur das bereits *Vorhandene*, nicht das erst *Beabsichtigte* angemeldet werden (vgl. R.G. XXII, 59).

§. 107.

Anmeldung bei Änderungen.

Wird die Firma einer Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt oder tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. Art. 87. Abs. 1. **Entw. I** §. 96. **Entw. II** §. 105.

§. 107.

I. **Änderungen.**

a. **Änderung der Firma.** Vgl. §. 31 Anm. I.

b. **Verlegung des Sitzes an einen anderen Ort.** Was unter „Ort des Sitzes" zu verstehen, vgl. §. 106 Anm. IIc. Keine Verlegung des Sitzes an einen anderen Ort ist daher die Verlegung in eine andere Gemeinde innerhalb desselben umfassenden „Handelsplatzes", z. B. die Verlegung aus der Vorstadt in die Hauptstadt oder umgekehrt. Nach dem Wortlaut des §. 107 ist daher in solchem Falle eine Anmeldung *nicht* erforderlich. Dennoch wird man auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift die Anmeldung *dann* fordern müssen, wenn durch die Verlegung gleichzeitig der *Register-Gerichts*bezirk, innerhalb dessen der Sitz sich befindet, ein anderer wird.

c. **Eintritt eines neuen Gesellschafters.** Ebenso das *Ausscheiden* eines Gesellschafters, §. 143. Beides zusammen entspricht der in §. 31 vorgeschriebenen Anmeldung jeder Änderung der Inhaber einer Firma. Vgl. §. 31 Anm. I.

d. **Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort.** Die Vorschriften des §. 31 gelten für die offene Handelsgesellschaft neben denen des §. 107 (§. 106 Anm. II e). Auch für die offene Handelsgesellschaft folgt daher aus §. 31 die Pflicht zur Anmeldung der Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort (§. 31 Anm. II).

e. **Änderung der Person von Liquidatoren.** Vgl. §. 148 Anm. I a 2.

f. **Änderung der Vertretungsbefugnis** von Gesellschaftern oder Liquidatoren. Vgl. §. 125 Anm. VI c 4, §. 148 Anm. I a 4.

II. **Sonstige anzumeldende Thatsachen.**

a. **Ausschluß der Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter, Anordnung einer Gesamtvertretung.** Vgl. §. 125 Anm. VI c 1—3.

b. **Auflösung der Gesellschaft.** Vgl. §. 143 Anm. I.

c. **Erlöschen der Firma.** §. 31 Anm. III (vgl. §. 106 Anm. II e), §. 157 Anm. II a.

d. **Fortsetzung der durch Konkurs aufgelösten Firma** nach Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleich oder nach Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners (§. 144 Abs. 2).

e. **Liquidatoren,** deren Person §. 148 Anm. I a; Berechtigung, einzeln zu handeln §. 150 Abs. 1.

f. **Eintragung und Aufhebung einer Zweigniederlassung.** Vgl. §. 13 Anm. II b, §. 131 Ges. betr. freiw. Gerichtsbarkeit.

§. 108.

Form der Anmeldung. Firmen- und Unterschriftszeichnung.

Die Anmeldungen sind von sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. Art. 88. **Entw. I** §. 97. **Entw. II** §. 106.

§. 108.

I. **Form der Anmeldung und Zeichnung.** Zur Anwendung kommen (§. 106 Anm. II e) die allgemeinen Bestimmungen des §. 12. „Die" Anmeldungen in §. 108 Abs. 1 weist zurück auf die in §§. 106, 107 genannten Fälle von Anmeldungen. In diesen Fällen müssen sämtliche Gesellschafter (auch diejenigen, welche nicht vertretungsberechtigt sein sollen) anmelden. Für Anmeldung anderer Thatsachen kommen die hierfür etwa bestehenden Sondervorschriften zur Anwendung. Eventuell entscheidet die Vertretungsmacht (§. 125), da dieselbe auch zur Vertretung vor Gericht ermächtigt.

II. **Art der Zeichnung.** Der §. 108 Abs. 2 bestimmt nur darüber, welche Zeichnungen zur Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind. Hieraus ist kein Schluß darauf zulässig, in welcher Art der Gesellschafter, wenn er in Vertretung der Gesellschaft eine Erklärung abgiebt, zu zeichnen hat. Über die letztere Frage vgl. §. 125 Anm. II b, III d. Die Zeichnungen zur Aufbewahrung bei Gericht sind nicht wie die Anmeldungen von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken, sondern nur von denjenigen, welche vertretungsberechtigt sein sollen. Jeder dieser Gesellschafter hat erstens die Firma und zweitens seine Namensunterschrift zu zeichnen.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

I. Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz (§. 109).

§. 109.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§. 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

A.D.H. Art. 90. **Entw.** I §. 98. **Entw.** II §. 107.

§. 109.

I. **Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.** Das Wort „untereinander" bezeichnet den Gegensatz zu dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten (§. 123 ff.). Das Wort „Gesellschafter" ist einschränkend als „Gesellschafter als solcher" auszulegen: nur auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses bezieht sich §. 109. Ein einzelner Gesellschafter kann aber auch, als wenn er ein Dritter wäre, Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft abschließen, und wegen einer Forderung aus solchen Rechtsgeschäften kann er nicht nur die Gesellschaft, sondern auch seine Mitgesellschafter auf Grund ihrer Gesamthaftung (§. 128) in Anspruch nehmen. Seine Stellung ist dann die nämliche wie die eines Nichtgesellschafters, der seine Forderung geltend macht; nur können ihm die etwa bestehenden Einwendungen aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis entgegengesetzt werden (§. 128 Anm. IIa 3, 4). Die Bestimmung im ersten Halbsatz des §. 109 ist nicht auf die §§. 110—122 beschränkt, vielmehr allgemein (P. 272). Ob die außerhalb der §§. 110—122 gegebenen gesetzlichen Vorschriften, welche das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander regeln, ausnahmsweise im Gegensatz zu dem Grundsatz des §. 109 als zwingende und nicht nur als abänderbare gewollt sind, ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen (P. 271, R.O.H. XXI, 88).

II. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. §. 105 Anm. Id. Unter „Gesellschaftsvertrag" ist nicht nur der ursprüngliche Vertrag, sondern sind auch alle späteren vertraglichen Festsetzungen begriffen (Denkschr. 85).

III. **Zur Anwendung kommen** in erster Reihe die vertraglichen Festsetzungen, in zweiter die §§. 110—122 H.G.B. (§. 109), in dritter die §§. 705 ff. B.G. (§. 105 Abs. 2 H.G.B.). Wer das Vorliegen einer von den Gesetzesvorschriften abweichenden Vertragsbestimmung behauptet, muß sie beweisen (vgl. auch R.O.H. III, 175).

IV. **Zuständigkeit in Rechtsstreiten.** Der §. 22 der C.P.O. verordnet: „Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden." — Nach §. 101 Ziff. 3a G.V.G. gehören vor die Kammern für Handelssachen diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch geltend gemacht wird „aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft oder zwischen dieser und ihren Mitgliedern oder zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts, sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, ingleichen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Vorstehern oder den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern."

V. **Vor Inkrafttreten des H.G.B. errichtete Gesellschaften.** Für derlei Gesellschaften bleiben in Ermangelung abweichender Abreden die vertragergänzenden Vorschriften des bisherigen A.D.H. zunächst in Kraft (Art. 170 Einf.-Ges. z. B.G.). Wird die Gesellschaft über den Zeitpunkt hinaus fortgesetzt, zu welchem eine Kündigung (bei verschiedener Kündigungsbefugnis der einzelnen: dem letzten der nach Inkrafttreten des H.G.B. kündigungsberechtigt werdenden Gesellschafter) zuerst möglich war, so wird (da Art. 171 Einf.-Ges. z. B.G. nur eine Ausnahmevorschrift enthält) nicht anzunehmen sein, daß hierdurch allein bereits eine Änderung eintritt. Vielmehr ist eine besondere Willenserklärung der Gesellschafter abzuwarten, durch die sie sich vertraglich, wenn auch nur durch schlüssige Handlungen, auf den Boden des neuen Rechts stellen. Wichtig ist dies namentlich für die Art der Gewinnverteilung (Litthauer zu §. 121).

II. Aufwendungen und Sonderverluste eines Gesellschafters (§. 110).

§. 110.

Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.

Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.

A.D.H. Art. 93 Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 99. **Entw. II** §. 108.

§. 110.

I. **Aufwendungen.** Dieselben sind dem Gesellschafter nur insoweit zu ersetzen, als er den Umständen nach sie für erforderlich halten durfte. Dasselbe folgt bereits aus §§. 713, 670 B.G. soweit die Aufwendungen von einem geschäftsführenden Gesellschafter zum Zweck der Ausführung des Auftrages gemacht sind, und aus §. 683, 679 B.G. soweit bezüglich des einzelnen Geschäfts eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorlag (Denkschr. 83). Auch hier wird bei Beurteilung der dem aufwendenden Gesellschafter obliegenden Prüfung der Erforderlichkeit nur zu verlangen sein, daß er für jene Prüfung diejenige Sorgfalt anwende, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§. 708 B.G.). Unter „Aufwendungen" ist die Arbeitsleistung bei dem Betriebe von Gesellschaftsgeschäften (§. 114 Anm. IV) nicht mitbegriffen. Die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter fällt nicht immer (anders R.G. XXXI, 141, 144 mit Rücksicht auf den Begriff „Auslage" im bisherigen Art. 93 A.D.H.) unter den Begriff einer „Aufwendung"; soweit dies nicht der Fall, kommen für die Ansprüche gegenüber der Gesellschaft die allgemeinen Vorschriften über die Ansprüche auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§. 684 B.G.) oder über das etwa zwischen dem Zahlenden und der Gesellschaft zu Grunde liegende besondere Vertragsverhältnis zur Anwendung. Soweit der Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung gezwungen wurde, die Schuld der Gesellschaft zu bezahlen, folgt der Anspruch auf vollen Ersatz auch daraus, daß die Gesellschaft verpflichtet ist, den einzelnen Gesellschafter gegen eine (auf diesem Wege mittelbar erfolgte) Erhöhung seiner Einlage zu schützen (§. 707 B.G. Vgl. auch §. 128 Anm. IIb). Über den Ersatz von Aufwendungen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch:

§ 256. „Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen

herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten."

§. 257. „Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten."

Der §. 110 Abs. 2 H.G.B. wiederholt nur eine bereits in §. 256 B.G. enthaltene Bestimmung (Denkschr. 83). Der Zinssatz beträgt 5 % (§. 352 Abs. 2), falls nichts anderes vereinbart ist (§. 109).

Der geschäftsführende Gesellschafter ist berechtigt, für die zur Geschäftsführung erforderlichen Aufwendungen (soweit er sie aus seinem Privatvermögen und nicht aus der Gesellschaftskasse entnehmen soll), Vorschuß von der Gesellschaft zu fordern (§§. 713, 669 B.G.).

II. **Verluste.** Aufwendungen sind die freiwilligen Opfer, Verluste die unfreiwilligen Einbußen. Die letzteren sind nur dann zu ersetzen, wenn der Gesellschafter sie entweder unmittelbar durch seine Geschäftsführung erleidet, oder wenn sie eintreten infolge von Gefahren, die untrennbar mit der Geschäftsführung verbunden sind. Über den Inhalt der Pflicht zum Schadensersatz bestimmen §§. 249 ff. B.G. Unter „Verlusten" sind nicht nur Einbußen an Sachen, sondern auch Verletzungen der Person (P. 986; z. B. infolge Eisenbahnunfalls auf einer Geschäftsreise, Cosack S. 547) und sonstige Zufügung eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, verstanden; über die Art und Beschränkung des Ersatzes in den letzteren Fällen vgl. §§. 253, 847 B.G.

III. **Ersatzberechtigter.** Auch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter ist zum Verlangen auf Ersatz etwaiger Aufwendungen berechtigt. Nach §§. 683, 679 B.G. kommt sogar ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Der Ersatzanspruch kann auch während bestehender Gesellschaft geltend gemacht werden (R.O.H. XII, 274, XXIII, 195, R.G. XXXI, 141).

IV. **Ersatzverpflichteter** ist die Gesellschaft. Aus der ausdrücklichen Erwähnung nur der Gesellschaft als der Ersatzverpflichteten ist nach herrschender Meinung zu schließen, daß die Erhebung eines unmittelbaren Anspruchs gegen Mitgesellschafter auf anteilige Zahlung während bestehender Gesellschaft ausgeschlossen werden sollte (R.O.H. XIII, 145). Vgl. jedoch §. 128 Anm. IIa 3, 4.

V. **Inhalt des Schuldverhältnisses.** Die Ersatzforderung gegenüber der Gesellschaft ist zwar eine mit dem Gesellschaftsverhältnis in engem Zusammenhang stehende und daher keine reine Gläubigerforderung (oben Anm. IV). Dennoch steht sie selbständig neben anderen Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis und bleibt daher insbesondere selbst nach Auflösung der Gesellschaft selbständig neben der Forderung auf einen Anteil am Gesellschaftsvermögen bestehen (R.G. XXXI, 143, B.G. §. 733 Abs. 1), vorbehaltlich etwaiger Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Gesellschaftsvertrage (oben Anm. IV) und der sich aus einer etwa schwebenden Liquidation ergebenden Beschränkungen (§. 128 Anm. IIa 3, 4). Sie ist auf besonderem Konto zu buchen. Wird sie aber dem ersatzberechtigten Gesellschafter mit Bewilligung der übrigen Gesellschafter auf sein Kapitalkonto (§. 120 Anm. II) gutgeschrieben, so wird man hierin in der Regel eine gewollte Umwandelung in eine Einlageforderung finden müssen, indem an die Stelle der bisherigen Ersatzforderung eine durch Tilgung derselben bewirkte Erhöhung der Vermögenseinlage tritt (§. 364 Abs. 1 B.G.); die Ersatzforderung büßt dann ihre bisherige Selbständigkeit ein (dagegen R.G. XXXI, 143 und Staub), und die erhöhte Vermögenseinlage unterliegt fortan den für Einlagen

gegebenen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und des Gesetzes, namentlich z. B. bezüglich Berechnung der Anteile am Gesellschaftsvermögen, Vorwegverzinsung aus dem Jahresgewinn und Übertragbarkeit.

III. Pflichtverletzungen (§§. 111—113).

§. 111.

Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahme.

Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

A.D.H. Art. 95. **Entw. I** §. 100. **Entw. II** §. 109.

§. 111.

I. **Verspätete Einzahlung einer Geldeinlage.**

a. **Geldeinlage.** „Einlage" ist ein Beitrag von Vermögen (Kapital, z. B. Sachen, Rechte, Kundschaft) im Gegensatz zu einem Beitrag von Arbeitsleistung. „Einlage" ist gleichbedeutend mit „Vermögenseinlage" (vgl. z. B. H.G.B. §. 161 mit 162, R.G. II, 306). Vgl. auch „Kapitaleinlage" in §§. 211, 212. Der §. 733 Abs. 2 B.G. erwähnt allerdings auch „Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben". Die hierin liegende Anwendung des Begriffs der Einlage auf eine Arbeitsleistung erscheint jedoch mit dem Gebrauch der Worte „Einlage" und „Beitrag" in §§. 706, 707, 718 B.G. nicht vereinbar. An jener Stelle des §. 733 ist mit „Einlage" der sonst dem weiteren „Beitrag" beigelegte Sinn verbunden. Unter „Geldeinlage" ist dasselbe zu verstehen wie unter „durch Barzahlung zu leistende Einlage" im Gegensatz zu „Einlage, die nicht durch Barzahlung zu leisten ist" und zur „Übernahme von vorhandenen oder herzustellenden Anlagen oder sonstigen Vermögensgegenständen". Als Barzahlung gilt nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken (§. 195 Abs. 3). Unter „Einlage" ist im H.G.B. in der Regel das Einlage*versprechen* verstanden. Im Zweifel gilt das Einlageversprechen eines Gesellschafters zwar als nur für den Fall abgegeben, daß die Gesellschaft in Wirksamkeit tritt, nicht aber auch unter der auflösenden Bedingung der späteren Gesellschaftsauflösung (R.O.H. XXV, 162). Das Einschußversprechen jedoch eines *Dritten*, der nur im Interesse eines Gesellschafters handelt, ist in der Regel nur unter der Voraussetzung der Fortsetzung der Gesellschaft gegeben (R.G. IV, 67). Die Ausstellung eines Schuldscheins mit bestimmtem Zinsversprechen seitens der Gesellschaft an den zahlenden Gesellschafter wird in der Regel die Annahme ausschließen, daß der gezahlte Betrag die Eigenschaft einer Einlage haben sollte (O.L.G. Kolmar v. 23. Sept. 1891 Z.f.H. Bd. 42 S. 525; anders R.G. v. 28. Sept. 1893 J.W. S. 503). Darlehne des Gesellschafters an die Gesellschaft erhöhen nicht seine Einlage, soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist (Bolze Bd. 19 No. 621; vgl. §. 120 Anm. II). — Bezüglich *Leistung* der Beiträge ist (mangels anderer Festsetzung durch Gesellschaftsvertrag) maßgebend das Bürgerliche Gesetzbuch:

§. 706. „Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen."

§. 707. „Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet."

Der §. 706 Abs. 2 B.G., der in verbesserter Fassung den bisherigen Art. 91 Abs. 1 A.D.H. wiedergiebt, enthält nur eine Auslegungsregel und stellt klar, daß, um den Gegenstand selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch diejenige Übertragungshandlung hinzukommen muß, die nach der Art des Gegenstandes erforderlich zur Rechtsübertragung ist (Denkschr. 82). Entsprechendes gilt für die Übertragung von Forderungen; bezüglich derselben liegt aber in der vertraglich erklärten Einbringung bereits ein genügender Abtretungsvertrag (§. 398 B.G., R.G. XXXI, 29). Den Gegensatz zu der in §. 706 Abs. 2 behandelten Einbringung des Eigentums bildet die Einbringung nur des Nutzungsrechts. Der Art. 91 Abs. 2 A.D.H. bestimmte: „Im Zweifel wird angenommen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigentum der Gesellschaft geworden sind." Diese Vorschrift ist weder in das B.G. noch in das H.G.B. übergegangen, da bei freier Beweiswürdigung ohnedies dasselbe anzunehmen sein wird; die Aufnahme in das Inventar ersetzt nicht eine sonst etwa erforderliche Übertragungshandlung (Denkschr. 82; Johow XVII, 263).

Der §. 707 B.G. giebt den wesentlichen Inhalt des bisherigen Art. 92 A.D.H. wieder (Denkschr. 82). Die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage über den vereinbarten Betrag hinaus tritt auch dann nicht ein, wenn der Gesellschaftszweck mit den vereinbarten Beiträgen nicht erreicht werden kann (P. 178). Auch dann nicht, wenn sich bei der Liquidation das Vorhandensein eines Fehlbetrags ergiebt (R.O.H. XXII, 202, XXV, 159); es besteht in solchem Falle vielmehr nur der Anspruch der Gläubiger auf Grund der Gesamthaftung und — je nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages — möglicherweise ein Ausgleichungsanspruch der anderen Gesellschafter. Vereinbarte Einlage ist im Verhältnis der Gesellschafter untereinander nicht nur die ursprünglich vereinbarte; maßgebend sind vielmehr auch spätere vertragliche Herabsetzungen oder Verzichte (R.O.H. XXII, 202). Der Anspruch auf Einzahlung der zugesagten Einlage kann auch von der Gesellschaft (sobald sie errichtet ist), nicht nur von den übrigen Gesellschaftern geltend gemacht werden (B.G. §. 328, R.O.H. XXV, 161). Über Verminderung der Kapitalanteile s. §. 122 H.G.B.

Soweit aus dem Gesellschaftsvertrage oder aus dem nach den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen nichts Gegenteiliges folgt, ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet, ihm bekannte Geschäftsgeheimnisse kundzuthun oder während der Dauer der Gesellschaft von ihm gemachte Erfindungen der Gesellschaft zu überlassen; hierin läge ein Erhöhung der Einlage. Auf die Absicht, der Gesellschaft etwaige Erfindungen zu überlassen, wird in der Regel zu schließen sein, wenn die Vorversuche auf Kosten der Gesellschaft und während der den Gesellschaftszwecken zu widmenden Zeit gemacht sind; notwendig ist aber auch dies nicht, denn an sich gebührt das Verfügungsrecht über eine Erfindung dem Vater des Gedankens, nicht dem Eigen-

tümer des verwendeten Stoffes noch dem Bezahler der verwendeten Arbeit (O.L.G. Hamburg v. 24. Nov. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 495).

b. **Einzahlung**. Die Übernahme einer Verpflichtung zum Eintritt als Gesellschafter unter Zahlung einer Einlage giebt dem Vertragsgegner nur das Recht, Zahlung an die künftige Gesellschaft zu fordern (R.G. XXXIX, 169; vgl. R.O.H. XXV, 161).

c. **Nicht zur rechten Zeit**. Dies schließt den Fall ein, daß die Zahlung überhaupt abgelehnt wird.

II. **Verspätete Ablieferung eingenommenen Gesellschaftsgeldes an die Gesellschaftskasse.**

a. **Eingenommenes Gesellschaftsgeld** ist das dem Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft behufs Eigentumserwerbs durch letztere übergebene. Unerheblich ist, ob das Geld bereits Eigentum der Gesellschaft geworden war oder nicht.

b. **Ablieferung an die Gesellschaftskasse.** Nur die thatsächliche Ablieferung genügt, nicht bereits die bloße Buchung. Über die Ablieferungspflicht bestimmt für geschäftsführende Gesellschaft der nach §. 713 B.G. „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergiebt" anwendbare §. 667 B.G.: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben."

c. **Nicht zur rechten Zeit.** Vgl. Anm. Ic. Unerheblich ist, ob die Ablieferung aus eigennütziger Absicht oder ob sie ohne eine solche Absicht unterbleibt (Denkschr. 83).

III. **Unbefugte Geldentnahme aus der Gesellschaftskasse** für den Gesellschafter.

a. **Geldentnahme.** Der Begriff braucht nicht entsprechend eng gefaßt zu werden wie derjenige der Geldeinlage (Anm. Ia). Vielmehr werden hier unter Geld nicht nur deutsches Geld, Reichskassenscheine und zugelassene Noten deutscher Banken, sondern auch andere im Verkehr gleichstehende Zahlungsmittel zu begreifen sein, wie z. B. ausländisches Geld bei einer nahe der Grenze gelegenen Niederlassung.

b. **Unbefugt**. Der Gesellschafter handelt unbefugt, nicht nur wenn er gegen eine strafrechtliche, sondern auch wenn er gegen eine zivilrechtliche Vorschrift verstößt. Auch braucht kein ausdrückliches gesetzliches Verbot zu bestehen, sondern es genügt der Mangel einer vertraglichen oder gesetzlichen Ermächtigung. — Ein geschäftsführender Gesellschafter, der selbständig handlungsberechtigt ist, darf (seinen Mitgesellschaftern gegenüber) sich wegen seiner fälligen Forderung an die Gesellschaftskasse unmittelbar durch Entnahme befriedigen, wenn kein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht (§. 115) und die Entnahme derart ist, daß der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft sie mit sich bringt (§. 116). Unbefugt ist jede Entnahme, welche über die in §. 122 (oder in der entsprechenden Vertragsbestimmung) bestimmte Grenze hinausgeht. Unbefugt ist daher namentlich jede unter Überschreitung jener Grenze und ohne Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erfolgte Bezahlung von Privatschulden eines Gesellschafters durch Entnahme von Geld aus der Gesellschaftskasse. Eine derartige Bezahlung ohne gleichzeitigen Empfang einer vollwertigen Gegenleistung enthält eine unentgeltliche Verfügung seitens der Gesellschaft (R.G. XXXVIII, 7). Der Gesellschafter ist (mangels gegenteiliger Bestimmung durch Vertrag oder Gesetz) nicht befugt, als Vertreter der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vorzunehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§. 181 B.G.). Bei Anwendung der letzteren Ausnahme ist es unerheblich, ob es sich um eine Verbindlichkeit der Gesellschaft oder des Gesellschafters handelt (Planck, B.G. §. 181 Anm. 1). Ein Gesellschafter, der sich rechtswidrig bewegliche, der Gesellschaft gehörige Vermögensstücke zueignet, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, handelt hierbei nicht als Vertreter der Gesellschaft (§. 181 B.G.), begeht vielmehr eine Unterschlagung (R.G. in Strfs. VII, 20). Ebenso der persönlich haftende Gesellschafter (selbstverständlich auch der Kommanditist) einer Kommandit-

gesellschaft (R.G. in Strfs. XVIII, 123). Die Gesellschafter, wenn sie gemeinschaftlich handeln, dürfen jedoch das Gesellschaftsvermögen auch im Privatnutzen verwenden, soweit die Rechte der Gesellschaftsgläubiger nicht entgegenstehen (R.G. in Strfs. VII, 20). Auch nach Auflösung der Gesellschaft, solange noch ein Gesellschaftsvermögen fortbesteht (§. 156 Anm. IV, §. 158 Anm. IIc), kann ein einzelner Gesellschafter Unterschlagung an Sachen begehen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören (R.G. in Strfs. XXVII, 12). Eine unbefugte Entnahme wird durch Buchung oder durch Zurücklassung einer Quittung oder eines Schuldscheins nicht zu einer befugten (Staub).

c. **Für sich.** Unter den §. 111 fällt nur eine unbefugte Entnahme für den Entnehmenden.

IV. **Entsprechende Anwendung auf ähnliche Fälle** ist hier, wie allgemein, zulässig und sollte nicht ausgeschlossen werden (vgl. P. 183). Sie ist umsomehr zuzulassen, als einige ähnliche Fälle ohnedies unter §. 353 H.G.B. oder §§. 284 Abs. 2, 668 (713) B.G. fallen können, und eine Beschränkung dieser Bestimmungen durch §. 111 nicht beabsichtigt ist. Insbesondere bestimmt für geschäftsführende Gesellschafter der nach §. 713 B.G. „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergiebt" anwendbare §. 668 B.G.: „Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen."

V. **Zinszahlungspflicht.** Die Höhe der zu entrichtenden Zinsen beträgt 5% (§. 352 Abs. 2). Die Zinsforderung steht der Gesellschaft, nicht den übrigen Gesellschaftern zu. Die Pflicht zur Zinszahlung ist sonst als Regel abhängig von dem Eintreten eines Verzuges (§. 284 B.G: Erfordernis der Mahnung, falls nicht für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist) oder von dem Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts (§. 353 H.G.B.). Für die Anwendung des §. 111 ist es jedoch unerheblich, ob einer jener Fälle vorliegt oder nicht. Die alleinige Thatsache der Nichtzahlung, der Nichtablieferung oder der Herausnahme in den Fällen des §. 111 verpflichtet den Gesellschafter zur Zinszahlung seit dem Tage, an welchem jene Thatsache eingetreten ist; namentlich ist keine Mahnung erforderlich.

VI. **Sonstige Folgen der Handlung.** Der §. 111 Abs. 2 hebt (entsprechend dem §. 288 Abs. 2 B.G.) besonders hervor, daß die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen sein soll. Auf den zu gewährenden Schadensersatz sind die Zinsen anzurechnen. Selbstverständlich werden auch sonstige Folgen der unter §. 111 Abs. 1 fallenden Unterlassung oder Handlung nicht ausgeschlossen. So treten bei Nichteinzahlung alle Folgen eines etwa eingetretenen Verzuges ein, wie z. B. Rücktrittsrechte §. 286 Abs. 2, §. 326 B.G. So giebt die Nichteinzahlung, die Nichtablieferung oder die Entnahme unter Umständen einen wichtigen Grund (Denkschr. 84) zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft (§. 133), zur Ausschließung des Gesellschafters (§. 140), zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§. 117) oder Vertretungsbefugnis (§. 127). So besteht neben dem Anspruch auf Schadensersatz in der Regel der Anspruch auf Erfüllung, z. B. auf bare Rückerstattung des unbefugt entnommenen Geldes (R.O.H. XXIV, 49); nicht genügt die Zustimmung des Entnehmenden zu einer entsprechenden Belastung seines Kapitalkontos (R.G. III, 59). So können endlich auch strafrechtliche Folgen aus den in §. 111 erwähnten Pflichtverletzungen fließen.

§. 112.

Verbot von Sondergeschäften.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen

gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen.

Die Einwilligung zur Theilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als ertheilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Betheiligung nicht ausdrücklich bedungen wird.

A.D.H. Art. 96. **Entw. I** §. 101. **Entw. II** §. 110.

§. 112.

I. **Verbot.** Vgl. §. 60 Anm. I.

a. **Gesetzgeberischer Grund** der Bestimmung ist die Absicht, den Wettbewerb des einzelnen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft zu beschränken, nicht etwa (wie z. B. bei den häufigen vertraglichen Verboten privaten Börsenspiels) die Befürchtung, der Gesellschafter könnte durch die anderweitigen Geschäfte sein Vermögen verringern, was auf die Gesellschaft zurückwirken könne (P. 988), auch nicht der Gesichtspunkt, daß der Gesellschafter durch Eigenhandel einen Teil seiner der Gesellschaft zu widmenden Arbeitszeit ihr entziehe (P. 184). Aus der engen Begrenzung des Verbots darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß jedes nicht unter dies Verbot fallende Geschäftemachen oder Teilnehmen an Gesellschaften erlaubt sei. Auf ein solches ist zwar §. 113 nicht anwendbar; unter Umständen kann aber auch aus einem solchen ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft, Ausschließung des Gesellschafters oder Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§. 133, 140, 117, 127) hergeleitet werden. Einen Fall, in welchem nach Abschluß eines Gesellschaftsvorvertrages ein Vertragschließender von einem dritten Verkäufer sich eine Provision für den Abschluß des im Vorvertrage in Aussicht genommenen Kaufs durch die Gesellschaft ausbedungen hatte, s. in Bolze Bd. 7 Nr. 630.

b. **Jedem Gesellschafter** gegenüber gilt das Verbot, ohne Unterschied, ob er an der Geschäftsführung Teil hat oder nicht, ob er Kapital oder nur Arbeitskraft beiträgt (M. 55).

c. **Geschäftmachen** ist (entsprechend der Bestimmung für Handlungsgehilfen, §. 60) nur insoweit verboten, als dies **in dem Handelszweige der Gesellschaft** erfolgt. In §. 60 ist ausdrücklich hinzugefügt „für eigene oder fremde Rechnung". Ebenso erwähnte Art. 96 A.D.H. ausdrücklich „für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten". Der §. 112 Abs. 1 (dessen Inhalt thunlichst mit dem des §. 60 übereinstimmen sollte; Denkschr. 84) trifft beide Fälle, auch ohne daß beide ausdrücklich hervorgehoben sind. Verboten sind Geschäfte sowohl in eigenem wie in fremdem Namen. Ersteres einschließlich des Geschäftmachens als Kommissionär und als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer stillen Gesellschaft (unten Anm. Id). Letzteres einschließlich des Geschäftmachens als Agent und als Angestellter, z. B. Handlungsgehilfe, Vorsteher, Geschäftsführer. Das verbotene „Geschäftmachen" umfaßt nicht nur das Abschließen, sondern auch die Vermittelung von Geschäften. Andererseits ist der Begriff zu beschränken auf ein Geschäftmachen in der Stellung eines Handeltreibenden, nicht auf ein Geschäftmachen zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse, z. B. (Staub) nicht auf die gewöhnlichen Geschäfte behufs Anlegung des eigenen Vermögens (R.G. v. 24. Juni 1889 J.W. S. 344, vgl. auch Str. Bd. 56 S. 157).

d. **Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter.** Verboten ist nur eine Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft, d. h. an einer bezüglich des Gegenstandes des Geschäftsbetriebes gleichartigen (P. 184, R.O.H. XVIII, 228). Entscheidend für die Bestimmung der Gleichartigkeit

ist (oben Anm. Ia), ob eine Wahrscheinlichkeit besteht, daß beide Gesellschaften in Wettbewerb treten könnten. Verboten ist nicht jede Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft, sondern nur eine Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter, nicht daher die Teilnahme als Kommanditist (dagegen Staub nach bisherigem Recht), Aktionär, stiller Gesellschafter, Gesellschafter mit beschränkter Haftung. Über den Begriff der Handelsgesellschaft vgl. §. 6 Anm. III. Das auf die Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft bezügliche Verbot des §. 112 ist daher beschränkt auf die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter an einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien. Für die stille Gesellschaft bezeichnet das H.G.B. den unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht mit den Worten „persönlich haftender Gesellschafter", sondern als „Inhaber des Handelsgeschäfts". Die Teilnahme an einer stillen Gesellschaft als unbeschränkt haftender Gesellschafter fällt daher nicht unter das Verbot der Teilnahme an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter, sondern unter das Verbot des Geschäftmachens im Handelszweige der Gesellschaft. Mithin ist in diesem Falle §. 112 Abs. 2 nicht anwendbar.

e. **Dauer.** Da der Gesichtspunkt einer Verhinderung des Wettbewerbs entscheidend ist (oben Anm. Ia), so erlischt das Verbot mit der Auflösung der Gesellschaft, auch wenn die Liquidation noch fortdauert (§ 156, P. 4543, 4640, R.O.H. XXI, 145). Aus demselben Grunde ist es nicht zu beziehen auf bloße Vorbereitungsgeschäfte für einen demnächst nach Aufhören der Gesellschaftereigenschaft aufzunehmenden Wettbewerb (vgl. §. 60 Anm. I). Als ein solches Vorbereitungsgeschäft wäre auch der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages anzusehen, in dem der Zeitpunkt des Beginns der neuen Gesellschaft auf die Zeit nach Aufhören der alten Gesellschaft festgesetzt ist. — Über die Grenzen der Zulässigkeit vertraglicher Beschränkung des Wettbewerbs für die Zeit nach Aufhören der Eigenschaft als Gesellschafter vgl. §. 74 Anm. I, II, VIII.

II. **Einwilligung.** Vgl. §. 60 Anm. II.

a. **Besondere Erteilung.** Aus §. 112 Abs. 1 („ohne Einwilligung") geht hervor, daß jede Einwilligung der übrigen Gesellschafter das Verbot aufhebt, und zwar ganz oder teilweise je nach dem Inhalt der Einwilligung. Dasselbe würde schon aus §. 109 folgen. Die Einwilligung muß von „den anderen", d. h. allen anderen Gesellschaftern bezw. dem einzigen anderen Gesellschafter erteilt sein (unten Anm. IIb 2). Auch eine stillschweigende Erteilung kann unter Umständen genügen. Sie liegt jedoch nicht bereits in der Kenntnis davon, daß der künftige Gesellschafter bisher Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft machte, und dem Nichtausbedingen des Aufhörens (unten Anm. IIb 1; a. M. Staub); die Gesellschafter konnten annehmen, daß jene Geschäftsthätigkeit mit dem Eintritt in die neue Gesellschaft aufgegeben werden würde. Auch liegt eine stillschweigende Einwilligung nicht bereits in der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen während der dreimonatlichen Verjährungszeit, zumal sämtliche Gesellschafter einwilligen müssen, aber Ansprüche in der Regel nur durch eine Mehrheit erhoben werden können.

b. **Vermutete Erteilung.** Der Fall des §. 112 Abs. 2 („gilt als erteilt").

1. **Teilnahme an einer anderen Gesellschaft.** Der §. 112 Abs. 2 bezieht sich (entsprechend dem §. 60 Abs. 2) nur auf die eine (oben Anm. Id behandelte), nicht auch auf die andere (oben Anm. Ic behandelte) verbotene Thätigkeit. Nach dem Nürnberger Entwurf erster Lesung (Art. 95 Abs. 2) sollte eine Genehmigung der anderen Gesellschafter schon dann anzunehmen sein, wenn denselben bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft betreibe oder an einer

gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehme, und gleichwohl die Aufgabe des Geschäfts oder der Teilnahme an der anderen Gesellschaft nicht ausdrücklich bedungen worden ist. Die vorstehend gesperrt gedruckten Worte, welche gerade den im §. 637 II, 8 L.R. allein behandelten Fall betreffen, sind aber in zweiter Lesung (P. 988) gestrichen worden. Der §. 112 Abs. 2 spricht allgemein von der Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter „an einer anderen Gesellschaft", enthält mithin nicht die Beschränkung des Abs. 1 auf eine „Handelsgesellschaft" und auf eine „gleichartige". Die Vermutung des § 112 Abs. 2 wird daher selbst in Fällen angewendet werden können, die nicht unter das Verbot des Abs. 1 fallen, aber in denen aus anderen Gründen (vgl. Anm. Ia) erheblich sein kann, ob die übrigen Gesellschafter in die fortgesetzte Teilnahme an der Gesellschaft gewilligt haben.

2. **Den übrigen Gesellschaftern,** d. h. allen übrigen Gesellschaftern (P. 187). Als Meinung der Reichstagskommission wurde im Einverständnis mit der Regierung ausdrücklich festgestellt, daß §§. 112, 113 auch Anwendung finden, wenn die Gesellschaft nur aus 2 Mitgliedern bestehe (K.B. 55). Es kann nicht genügen, daß nur eine so große Zahl der Gesellschafter Kenntnis hatte, daß sie bei Fassung eines Beschlusses gemäß §. 113 Abs. 2 den Ausschlag geben würden. Denn nicht nur die Folgen des §. 113, sondern auch andere, von dem einzelnen Nichteinwilligenden geltend zu machende Folgen können aus einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot des §. 112 Abs. 1 entstehen (§. 113 Anm. I).
3. **Bekannt.** Das Kennenmüssen genügt nicht (Staub).

§. 113.

Folgen der Übertretung des Verbots.

Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach §. 112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Ueber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt.

A.D.H. Art. 97. **Entw. I** §. 102. **Entw. II** §. 111.

§. 113.

I. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. §. 61 Anm. I. Der §. 113 findet auch auf eine Gesellschaft von nur 2 Mitgliedern Anwendung (K.B. 55). Die in §. 113 Abs. 1 ausgesprochenen Folgen sind nicht die einzig möglichen. Von den Umständen des Einzelfalls ist es abhängig, ob daneben noch andere Wirkungen eintreten können. So ist z. B. aus solchem Grunde die Auflösung der Gesellschaft auf Antrag eines einzelnen Gesell-

schafters (§. 113 Abs. 4, §. 133) möglich; ebenso auf Antrag aller übrigen Gesellschafter die Ausschließung des Zuwiderhandelnden (§. 140, Denkschr. 84) oder die Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§§. 117, 127). Bei Vorliegen der Voraussetzungen des §. 256 C.P.O. kann ein einzelner Gesellschafter auch die gerichtliche Feststellung der Unzulässigkeit einer bestimmten für die Zukunft beabsichtigten, gegen §. 112 H.G.B. verstoßenden Handlung verlangen. Auch auf Unterlassung für die Zukunft kann der einzelne Gesellschafter klagen, soweit im Einzelfall Grund für eine solche Klage überhaupt gegeben ist (Völderndorff in Busch I, 282; vgl. R.O.H. XIX, 138). Zwecks Vorbereitung für den Entschluß über Ausübung des Eintrittsrechts hat ferner der zuwiderhandelnde Gesellschafter die Verpflichtung zur Rechnungslegung über die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte (R.G. v. 24. Juni 1889 in J.W. S. 344 und in Bolze Bd. 8 Nr. 543). Die in §. 113 Abs. 1 angegebenen Rechte stehen der Gesellschaft (nicht den einzelnen Gesellschaftern) zu; in die Gesellschaftskasse fließt daher auch ein etwa gezahlter Schadensersatz, so daß auch der Zahlende hieran nicht weniger Anteil erhält als an sonstigen Teilen des Gesellschaftsvermögens.

II. **Eintrittsrecht.** Vgl. §. 61 Anm. II.

III. **Geltendmachung der Ansprüche.** Die Geltendmachung kann nur erfolgen auf Beschluß der übrigen Gesellschafter. Es erschien nicht angemessen, die Geltendmachung dem Belieben jedes einzelnen Gesellschafters zu überlassen, und es handelte sich hierbei auch um keine Frage der Geschäftsführung (Denkschr. 84). Für den zu fassenden Beschluß kommen daher die Bestimmungen zur Anwendung, welche bei der betreffenden Gesellschaft für die Fassung sonstiger von den Gesellschaftern zu fassender Beschlüsse gelten (§. 119); nur hat derjenige, gegen den ein Vorgehen in Frage steht, keine Stimme bei der Beschlußfassung.

IV. **Verjährung.** Vgl. §. 61 Anm. III. „Die" übrigen Gesellschafter haben erst Kenntnis erlangt, wenn „alle" Kenntnis erlangt haben. Dies entspricht dem §. 112 Abs. 2 (§. 112 Anm. IIb 2). Auch die dreimonatliche Verjährung ergreift nur diejenigen Ansprüche, welche — sei es infolge Geschäftmachens, sei es infolge Teilnahme an einer Gesellschaft — bei Beginn der Verjährung bereits entstanden waren; für neue, wenn auch aus demselben Rechtsverhältnis entstehende Ansprüche läuft die Verjährungsfrist von neuem (Denkschr. 84; dagegen Cosack S. 547).

IV. Geschäftsführung (§§. 114—119).

§. 114.

Geschäftsführungsbefugnis.

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

A.D.H. Art. 102 Abs. 1, 99 Satz 1. **Entw. I** §. 103. **Entw. II** §. 112.

§. 114.

I. **Geschäftsführung.** Die §§. 114—117 H.G.B. treffen über die Geschäftsführung Bestimmungen, die in mehreren Beziehungen (zusammengestellt in Denkschr. 85) von den allgemeinen Vorschriften des B.G. §. 709 ff. abweichen. „Geschäftsführung" und „Vertretung" (§. 125 ff.) sind streng auseinandergehalten. Die erstere betrifft das innere Verhältnis, die letztere das Verhältnis nach außen. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung kann im Einzelfall

ohne ein Recht zur Vertretung bestehen. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, wird indessen sehr selten vorkommen. Der §. 114 Abs. 1 bestimmt nicht nur ein Recht (vgl. Bolze Bd. 13 Nr. 498), sondern auch eine Pflicht zur Geschäftsführung. Auch die Übertragung der Geschäftsführung gemäß §. 114 Abs. 2 befreit diejenigen Gesellschafter, denen sie übertragen ist, nicht von dieser Pflicht. Beides vorbehaltlich anderweiter Festsetzung durch den Gesellschaftsvertrag (§. 109). Zur Geschäftsführung gehört auch die erforderliche Buchführung (§. 38 Anm. Ia). — Das „alle" in §. 114 Abs. 1 erhält seine genauere Bedeutung erst durch das „jeder" in §. 115 Abs. 1; es ist daher kein anderer Sinn damit verbunden als mit dem entsprechenden „jeder" in §. 125 Abs. 1.

II. **Übertragung der Geschäftsführung.** Eine besondere Übertragung der Geschäftsführung ist an sich nicht erforderlich (§. 114 Abs. 1), sondern sie ist nur eine im Gesetz hervorgehobene Form des Ausschlusses einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung. Die Übertragung läßt daher nicht nur das Recht, sondern gleichzeitig die Pflicht der Geschäftsführer zur Geschäftsführung (§. 114 Abs. 1) unberührt. Werden bestimmte Gesellschafter ausdrücklich von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so liegt hierin eine Übertragung der Geschäftsführung an die übrigen. Zulässig ist die Ausschließung aller Gesellschafter von der Geschäftsführung; die nötige Thätigkeit kann z. B. Angestellten übertragen sein. Wer von der Geschäftsführung (§. 116 Abs. 1) ausgeschlossen ist, darf erst recht nicht die weitergehenden, in §. 116 Abs. 2 und 3 erwähnten Rechte ausüben. — Die Übertragung, um die Wirkung einer Ausschließung anderer zu haben, muß „im Gesellschaftsvertrage" erfolgt sein, d. h. durch einen das Recht auf ausschließliche Geschäftsführung einräumenden Vertrag, nicht nur durch thatsächliche Überlassung ohne Bindung für die Dauer, auch nicht durch einen nach Absicht der Parteien jederzeit kündbaren Auftrag (Bolze Bd. 2 Nr. 1095). Unerheblich ist, ob jener Vertrag der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag oder eine spätere Vereinbarung sämtlicher Gesellschafter ist (§. 109 Anm. II, Denkschr. 85). Dahin ist P. 192 zu beschränken, obgleich die Bestimmung im Anschluß an art. 1856 code civil getroffen ist (M. 55), wo zwischen dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag und einer späteren Vereinbarung unterschieden wird.

III. **Weiterübertragung.** Der geschäftsführende Gesellschafter ist in der Regel nicht berechtigt, die Befugnis zur Geschäftsführung weiter zu übertragen (B.G. §§. 713, 664, R.G. II, 32); vielmehr ist die Befugnis zur Geschäftsführung ein streng persönliches Recht, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart ist. Zulässig erscheint jedoch, daß (entsprechend wie bei der Gesamtvertretung nach §. 125 Abs. 2 Satz 2) die zur Gesamtgeschäftsführung berechtigten Gesellschafter einzelnen von ihnen die Befugnis zur selbständigen Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften übertragen.

IV. **Vergütung für Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte.** Der Gesellschafter ist — mangels anderweiter Vertragsbestimmung — zur Geschäftsführung verpflichtet (§. 114 Abs. 1). Wird ihm die Geschäftsführung ausdrücklich übertragen, so ist dies nur eine Form für den Ausschluß anderer, nicht aber eine Aufbürdung einer Pflicht, die ohnedies nicht vorhanden wäre (oben Anm. II). Die bei der Geschäftsführung aufzuwendende Arbeit ist daher ein Beitrag (§. 706 Abs. 3 B.G.), den der Gesellschafter ohne besondere Vergütung zu leisten hat. Die ausdrückliche Bestimmung des Art. 93 Abs. 3 A.D.H.: „Für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte steht dem Gesellschafter ein Anspruch auf Vergütung nicht zu" ist nicht aufgenommen, weil sie selbstverständlich sei soweit die Thätigkeit zur Geschäftsführung gehört; soweit es sich dagegen um andere Dienste handele, namentlich um solche, zu denen der Gesellschafter kraft eines besonderen Berufs befähigt sei, erscheine ein allgemeiner Ausschluß jedes Vergütungsanspruchs nicht gerechtfertigt; es müsse vielmehr der Beurteilung im einzelnen Falle überlassen bleiben, ob eine Vergütung für solche anderen Dienste als stillschweigend zugesichert zu erachten sei (Denkschr. 83). Kein Vergütungsanspruch wird daher im Zweifel zuzubilligen sein, wenn der betreffende Gesellschafter

gerade zum Zweck der Beitragsleistung durch seine Arbeitsleistung, die besondere Kenntnisse voraussetzt, in die Gesellschaft aufgenommen worden ist (R.O.H. III, 174). Abgesehen von besonderen Bestimmungen oder von Verschiedenheiten, die nach den persönlichen Verhältnissen der einzelnen Gesellschafter, insbesondere Kränklichkeit und herannahendes Alter, als von Anfang an gewollt anzusehen sind, ist die Pflicht jedes Gesellschafters zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft dadurch begrenzt, daß alle Gesellschafter eine gleiche Arbeitsleistung aufzuwenden haben (§. 706 Abs. 1 B.G.). Aus dem nahen Verhältnis offener Handelsgesellschafter zu einander ist auch zu folgern, daß für eine Mehrarbeit, die einem Gesellschafter durch vorübergehende Behinderung eines anderen erwächst, keine besondere Vergütung zu zahlen ist. Erfüllt ein Gesellschafter böswillig oder grob fahrlässig nicht seine Pflicht zur Arbeitsleistung oder (§. 117) wird ihm wegen von ihm zu vertretender Gründe die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen, so sind die übrigen nicht verpflichtet, ihre Arbeitsleistung zu erhöhen (§. 707 B.G.). Thun sie es aber, so ist der andere für verpflichtet zu erachten, sie für die mehr aufgewendete Zeit zu entschädigen (§. 708 B.G. Anderes nach bisherigem Recht R.O.H. IV, 380, welches nur einen Ersatzanspruch im Falle der Anstellung eines besonderen Handlungsgehilfen zugestehen will). — Etwa zu zahlende Vergütungen sind als Gläubigerforderung des Gesellschafters diesem auf Sonderkonto gutzuschreiben (§. 120 Anm. IIIa; vgl. §. 110 Anm. V).

V. **Haftung.** Das B.G. bestimmt:

§. 708. „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."

§. 277. „Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit."

§. 276 Abs. 2. „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden."

Diese Bestimmungen finden auf alle Gesellschafter, also auch auf die geschäftsführenden, Anwendung. Art. 94 Abs. 1 erwähnte „Fleiß und Sorgfalt". Der Begriff der „Sorgfalt" schließt an sich den Fleiß nur insoweit ein, wie derselbe behufs Bezeigung der für den Verkehr nötigen Vorsicht aufgewendet werden muß. Der §. 708 wird jedoch wohl erweiternd dahin auszulegen sein, daß in ihm die „Sorgfalt" die beiden Richtungen der „diligentia" umfassen, mithin allgemein den Fleiß einschließen soll.

Der Art. 94 Abs. 2 A.D.H. bestimmte: „Er (der Gesellschafter) haftet der Gesellschaft für den Schaden, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist. Er kann gegen diesen Schaden nicht die Vorteile aufrechnen, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat." Diese Vorschrift über den Ausschluß der Aufrechnung ist als selbstverständlich fortgelassen (Denkschr. 82). Wohl aber kann der Gesellschafter gegen einen angerichteten Schaden diejenigen Vorteile aufrechnen, die er bei einem und demselben Geschäfte für die Gesellschaft erzielt hat, da jedes Geschäft als Ganzes anzusehen ist und sich dessen Gesamtergebnis erst durch Aufrechnung von Einbuße und Vorteil herausstellt (P. 180).

Der §. 708 B.G. findet nicht Anwendung, und eine strengere Haftung tritt ein, soweit der Gesellschafter nicht „bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen", sondern darüber hinaus eigenmächtig handelt (vgl. P. 179). Die Schadensersatzpflicht fällt selbstverständlich dann fort, wenn die übrigen Gesellschafter der schädigenden Handlung zugestimmt haben (M. 55).

VI. **Rechnungslegung, Auskunftserteilung.** Zur Anwendung kommt das Bürgerliche Gesetzbuch:

§. 713. „Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§. 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergiebt."

§. 666. „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen."

Bei Anwendung der vorstehenden Bestimmungen ist zu beachten, daß Auftraggeber die Gesellschaft ist, nicht etwa der einzelne nicht geschäftsführende Gesellschafter. Die Rechte des letzteren sind — mangels einer anderweiten Vertragsbestimmung — durch §. 118 H.G.B. geregelt. Nur die Gesellschaft (auf Grund eines gemäß §. 119 H.G.B. zu fassenden Beschlusses) kann gemäß §. 666 B.G. Rechnungslegung fordern (dagegen nach bisherigem Recht R.O.H. V, 203; vgl. auch R.O.H. XVI, 48 über die Einrede des nichterfüllten Vertrages). [Die beiden Stellen, in denen im A.D.H. eine Pflicht des Gesellschafters bezw. der Gesellschaft zur Rechnungslegung erwähnt wurde, Art. 125 Ziff. 2, Art. 130, sind infolge von Fassungsänderungen nicht in das H.G.B. übergegangen.] Zu beachten ist ferner, daß §§. 713, 666 B.G. nur die aus einer Geschäftsführung folgende Rechnungspflicht betreffen. Daneben kann auch aus anderen Gründen ein Gesellschafter rechnungspflichtig sein, z. B. bei Übertretung des Verbots von Sondergeschäften (R.O.H. III, 50) oder Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens für Privatzwecke.

Über den Inhalt der Rechnungslegungspflicht bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch:

§. 259. „Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht."

Aus dem Gesellschaftsverhältnis ergiebt sich, daß der geschäftsführende Gesellschafter in der Regel nicht für sich eine besondere Rechnung über die von ihm besorgten Geschäfte der Gesellschaft führt und gesonderte Belege aufbewahrt, sondern daß er nur dafür sorgt, daß auch die durch ihn abgeschlossenen Geschäfte in den über alle Geschäfte der Gesellschaft Auskunft gebenden Handelsbüchern derselben mit gebucht und die Belege zu den Gesellschaftspapieren gebracht werden. Soweit der geschäftsführende Gesellschafter dieser Pflicht genügt hat, besteht daher daneben in der Regel keine besondere Rechnungslegungspflicht; ob jener Pflicht genügt ist oder ob in besonderen Fällen behufs vollständiger Aufklärung noch außerdem eine Aufklärung über einzelne Punkte billigerweise gefordert werden kann, ist nach der Lage des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. P. 196, Str. Bd. 64 S. 161, Steg. III, 266, IV, 79, R.O.H. XIX, 346, XXV, 179, 345, R.G. XXX, 21, O.L.G. Karlsruhe v. 19. Oktob. 1886 Z.f.H. Bd. 37 S. 542). — Bei Ausgaben, deren Empfänger nach der Geschäftsübung geheim bleiben und nicht seitens des die Ausgabe bewirkenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern benannt werden sollten, brauchen auch bei der Rechnungslegung die Empfänger nicht benannt zu werden (Bolze Bd. 13 Nr. 503); in diesen Fällen ist die Empfangsquittung des mit der heimlichen Ausgabe betrauten Gesellschafters genügender Beleg; unberührt beibt jedoch das Recht, gegenüber dem so Beauftragten nachzuweisen, daß er das empfangene Geld nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. — Die Berichtigung einer falschen Rechnung kann verlangt werden (vgl. §. 118 Anm. II d).

Der geschäftsführende Gesellschafter, welcher Rechnung gelegt hat, ist seinerseits berechtigt, Anerkennung der Rechnung und Entlastung zu fordern (Bolze Bd. 12 Nr. 187).

§. 115.

Geschäftsführung durch mehr als einen Gesellschafter.

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt; widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist.

A.D.H. Art. 100, 102 Abs. 2. **Entw. I** §. 104. **Entw. II** §. 113.

§. 115.

I. **Einzelbefugnis bei Geschäftsführung mehrerer.** Für die offene Handelsgesellschaft gilt (abweichend von §. 709 B.G.) die Regel, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter einzeln zu handeln (§. 116 Anm. IIa) befugt ist, mag ihm die Geschäftsführung besonders übertragen sein (§. 114 Abs. 2) oder nicht (§. 114 Abs. 1). Nur hat jeder andere geschäftsführende (jedoch nicht ein nichtgeschäftsführender Gesellschafter ein Widerspruchsrecht gegen beabsichtigte Handlungen: melior est conditio prohibentis. Der Widerspruch ist nur zu beachten, wenn er sich gegen eine einzelne oder bestimmte einzelne Handlungen richtet, nicht wenn er sich auf künftige noch gänzlich unbestimmte Handlungen bezieht, da hierin eine unzulässige allgemeine Untersagung der Geschäftsführung liegen würde (Busch Bd. 18 S. 151). Handelt der geschäftsführende Gesellschafter trotz Widerspruchs eines anderen, so greifen die Regeln über eine gegen den Willen des Geschäftsherrn erfolgende Geschäftsführung ohne Auftrag (§§. 678, 679 B.G.) Platz. (Vgl. auch O.L.G. Hamburg v. 8. Dezbr. 1884 Z.f.H. Bd. 35 S. 230). Die Bestimmungen des §. 115 gelten nur innerhalb des vertraglichen (§. 109) oder gesetzlichen (§. 116 Abs. 1) Umfanges der Geschäftsführungsbefugnis. Außerhalb desselben kommen die abweichenden Bestimmungen des §. 116 Abs. 2 und 3 zur Anwendung. Hervorzuheben ist namentlich, daß nach §. 116 Abs. 3 bei dem beabsichtigten Widerruf einer Prokura durch einen geschäftsführenden Gesellschafter kein Widerspruchsrecht eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters besteht (§. 116 Anm. III). — Der §. 115 will nur bestimmen, daß der geschäftsführende Gesellschafter innerhalb des Umfanges der Geschäftsführungsbefugnis keine Rechtspflicht zu vorheriger Befragung anderer Gesellschafter habe (P. 201). — Auch bei Anwendung des §. 115 ist die darin allein geregelte Geschäftsführungsbefugnis auseinander zu halten von der Vertretungsmacht (§. 114 Anm. I).

II. **Gesamtgeschäftsführung.** Sie bildet bei offenen Handelsgesellschaften die Ausnahme und tritt nur ein, wenn eine besondere dahin getroffene Vereinbarung (§. 114 Anm. 2: „im Gesellschaftsvertrage") vorliegt. Selbst wenn Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist, tritt aber (abweichend von der gewöhnlichen Gesellschaft des B.G., für die eine solche Ausnahme nicht vorgesehen ist) die Einzelbefugnis ein, wenn Gefahr im Verzuge ist.

§. 116.

Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.

Die Befugniß zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Ertheilung oder zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugten Gesellschafter erfolgen.

A.D.H. Art. 99 Satz 2, 103 Abs. 1, 2, 104. **Entw. I** §. 105. **Entw. II** §. 114.

§. 116.

I. **Befugnis zur Geschäftsführung.** Gleichgiltig, ob sie einem oder mehreren Gesellschaftern und ob sie den letzteren als Einzel- oder als Gesamtbefugnis zusteht. Zu beachten ist, daß §. 116 nur die Geschäftsführungsbefugnis, nicht die Vertretungsmacht betrifft (§. 114 Anm. I), also nur die Frage, in welchen Fällen geschäftsführende Gesellschafter den übrigen (geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden) Gesellschaftern gegenüber berechtigt sind, ohne Rückfrage selbständig zu handeln, und in welchen anderen Fällen sie verpflichtet sind, zunächst einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter einzuholen.

II. **Alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.**

a. **Alle Handlungen**, d. h. sowohl äußerliche, in die Erscheinung tretende Thätigkeiten ohne rechtliche Erheblichkeit (P. 989 f.) wie auch Rechtshandlungen. Vgl. §. 49 Anm. 1.

b. **Gewöhnliche** Betrieb. Die hier gebrauchte Redewendung ist ähnlich der in §. 54 gebrauchten: „Die der Betrieb . . . . . gewöhnlich mit sich bringt." Vgl. §. 54 Anm. II c. Die Befugnis erstreckt sich mithin nicht auf Handlungen von außergewöhnlicher Tragweite (R.O.H. XX, 247). Zum gewöhnlichen Betrieb gehört nicht Erteilung und Widerruf einer Prokura; hierfür kommt daher nicht §. 115 zur Anwendung; vielmehr enthält §. 116 Abs. 3 besondere Bestimmungen. Die Erteilung einer Handlungsvollmacht der in §. 54 Anm. I c β und γ erwähnten Art wird in der Regel zum gewöhnlichen Betriebe gehören. Zum gewöhnlichen Betriebe gehört auch die Beantwortung einer Anfrage über die Borgwürdigkeit eines Dritten (R.G. XX, 194).

c. **Betrieb.** Vgl. §. 49 Anm. II a.

d. **Des** Handelsgewerbes **der Gesellschaft.** Nicht allgemein eines „derartigen Handelsgewerbes", wie bei der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten (§. 54 Anm. II b), geschweige überhaupt „eines Handelsgewerbes", wie bei der Vollmacht des Prokuristen (§. 49 Anm. II b).

e. **Handelsgewerbe** s. §§. 1—3.

f. **Mit sich bringt.** Vgl. §. 49 Anm. II d, §. 54 Anm. II c. Nach §§. 713, 665 B.G. ist der geschäftsführende Gesellschafter berechtigt, von etwaigen ihm durch Gesellschaftsbeschluß (oder im Gesellschaftsvertrage) erteilten Weisungen abzuweichen, wenn er den Umständen nach (bei Anwendung der in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt und ohne grobe Fahrlässigkeit, §§. 708, 277 B.G.) annehmen darf, daß diejenigen, welche die Weisung erteilt haben, bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden. Vor der Abweichung hat jedoch der geschäftsführende Gesellschafter den Weisungserteilern Anzeige zu machen und deren Entschließung abzuwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

III. **Erteilung und Widerruf der Prokura.** (Im Verhältnis nach außen s. §. 126 Anm. I c.) Zur Erteilung einer Prokura (§. 48 Anm. II) ist der einzelne geschäftsführende Gesellschafter zwar befugt, er ist aber — außer wenn Gefahr im Verzuge — ver-

pflichtet, vorher die Zustimmung aller übrigen geschäftsführenden Gesellschafter einzuholen. Der Widerruf der Prokura (§. 52 Anm. I) kann dagegen durch jeden einzelnen der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter — also, mangels anderer vertraglicher Bestimmungen (R.G. II, 34) und wenn geschäftsführende Gesellschafter überhaupt vorhanden sind, durch jeden einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter — erfolgen, ohne daß den übrigen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht zusteht (§. 115 Anm. I; Denkschr. 86). Ist keiner von allen Gesellschaftern zur Geschäftsführung befugt, so verlangte Art. 104 Abs. 1 A.D.H. für die Erteilung der Prokura die Einwilligung aller Gesellschafter. Jetzt wird in einem solchen Falle für die Erteilung §. 119 H.G.B. und für den Widerruf §. 116 Abs. 3 Satz 2 anwendbar sein. War die Erteilung der Prokura wegen Gefahr im Verzuge durch einen einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter erfolgt, so ist dieser nach Beseitigung der Gefahr zu alsbaldigem Widerruf verpflichtet, soweit nicht inzwischen die Zustimmung der anderen beigebracht ist (O.L.G. Dresden v. 13. Januar 1887 Z.f.H. Bd. 35 S. 230). — Über vertragliche Verpflichtungen zur Erteilung oder zum Nichtwiderruf der Prokura s. §. 52 Anm. I. — Die Frage, ob ein von der Vertretungsmacht ausgeschlossener Gesellschafter zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt werden kann, ist zu bejahen (ebenso Renaud, K.G. S. 282 und Staub gegen Völderndorff in Busch I, 147; vgl. auch R.G. XXIV, 28); die Bestellung eines nicht von der Vertretungsmacht ausgeschlossenen Gesellschafters zum Prokuristen ist wirkungslos. — Über Bestellung eines Kommanditisten zum Prokuristen einer K.G. vgl. §. 170 Anm.

IV. **Sonstige über den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis hinausgehende Handlungen.** Für diese ist ein Beschluß (§. 119) sämtlicher, also einschließlich der nichtgeschäftsführenden und der von der Geschäftsführung ausdrücklich ausgeschlossenen (Denkschr. 85) Gesellschafter erforderlich. Da §. 115 Abs. 2 auf diesen Fall nicht anwendbar ist, so ist selbst bei Gefahr im Verzuge ein einzelner Gesellschafter nicht zu eigenmächtigem Vorgehen befugt (R.O.H. XX, 247), es sei denn in den zulässigen Grenzen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§. 677ff., 680 B.G).

§. 117.

Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis.

Die Befugniß zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

A.D.H. Art. 101. **Entw. I** §. 106. **Entw. II** §. 115.

§. 117.

I. **Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf Antrag der übrigen Gesellschafter.**

a. **Geschäftsführungsbefugnis.** Zu unterscheiden von Vertretungsmacht (§. 114 Anm. I; über deren Entziehung §. 127). Für die Anwendung des §. 117 ist es unerheblich (Denkschr. 86), ob es sich um eine durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Geschäftsführung (§. 114 Abs. 2) handelt, oder nicht (§. 114 Abs. 1). [Abweichend § 712 Abs. 1 B.G. und der bisherige Art. 101 A.D.H.] Wesentlich ist aber, daß ein Recht zur Geschäftsführung vorliegt, nicht bloß eine thatsächlich geduldete Thätigkeit (§. 114 Anm. II). Wird die Geschäftsführungsbefugnis entzogen, so endet damit gleichzeitig auch die Geschäftsführungspflicht. Verzichten die übrigen Gesellschafter demnächst (ohne Schikane; §. 226 B.G.) auf die durch Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis erworbenen Rechte, so tritt damit auch die Geschäftsführungspflicht wieder in Kraft. — Im H.G.B. ist nur die Entziehung der Geschäfts-

führungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung geregelt. Aber auch eine Übertragung (an einen nicht geschäftsführenden Gesellschafter oder an einen Dritten) durch gerichtliche einstweilige Verfügung ist zulässig (§§. 935, 940, 938 C.P.O., R.O.H. XVI, 73) und wird insbesondere dann meist erforderlich werden, wenn infolge der Entziehung der Geschäftsführung kein geschäftsführender Gesellschafter mehr vorhanden sein würde. Die Vergütung für die Thätigkeit eines so bestellten Geschäftsführers ist im Verhältnis zu dem Geschäftsführer Gesellschaftsschuld; wird die einstweilige Verfügung demnächst als ungerechtfertigt aufgehoben, so sind die Antragsteller verpflichtet, der Gesellschaft das Gezahlte zu ersetzen oder sie von der Schuld zu befreien (R.G. XXII, 170. Vgl. §. 114 Anm. IV). — Der §. 117 ist abänderbar durch Gesellschaftsvertrag (§. 109 Anm. II).

b. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Ebenso wie der entsprechende §. 127 (K.B. 55) findet §. 117 auch Anwendung, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht. Der Antrag ist im gewöhnlichen Streitverfahren, also durch Klage oder durch Antrag auf einstweilige Verfügung, zu stellen. Er muß von „den" übrigen, d. h. allen übrigen Gesellschaftern, einschließlich der nichtgeschäftsführenden (§. 112 Anm. IIb 2), ausgehen (vgl. auch nachstehend zu c), falls vertraglich nichts anderes vereinbart ist (§. 109). Da der in §. 117 erwähnte Antrag eine nach außen (gegenüber dem Gericht) vorzunehmende Handlung, kein Beschluß ist, wie ihn §. 119 voraussetzt, so kommen die Bestimmungen des §. 119 nicht zur Anwendung. — Abweichend §. 712 Abs. 1 B.G.

c. **Antragsgegner.** „Einem" Gesellschafter kann nach §. 117 die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden. Dies ist entsprechend auch anwendbar auf einen Antrag, mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen. Das Erfordernis des Antrags „der übrigen Gesellschafter" ist in solchem Fall erfüllt, wenn alle außer denjenigen Personen, gegen welche der Antrag sich richtet, den Antrag stellen. Wird jedoch ein solcher Antrag auch nur gegenüber einem der Antragsgegner zurückgewiesen und ist der Betreffende nicht seinerseits dem Antrage, soweit er sich gegen die übrigen Antragsgegner richtet, beigetreten, so fällt damit auch gegenüber diesen letzteren das Erfordernis des Vorliegens eines Antrags der übrigen Gesellschafter hinweg. Eine derartige Auslegung schützt — ohne die Auflösung der Gesellschaft (§. 133) nötig zu machen — die übrigen Gesellschafter, wenn sich mehrere geschäftsführende Gesellschafter zu Pflichtwidrigkeiten verbinden; sie ist nicht bedenklich, da stets das Gericht zu entscheiden hat; sie kann — wie oben gezeigt — nicht zur Umgehung des Erfordernisses eines Antrages aller übrigen Gesellschafter durch Verklagung aller nicht Einwilligenden führen; sie beseitigt auch nicht etwa das als beschränkende Voraussetzung gesetzte Erfordernis eines Antrages aller übrigen Gesellschafter, sondern sieht nur als hiermit gemeint alle diejenigen Gesellschafter an, gegen welche kein Entziehungsgrund vorliegt.

d. **Gerichtliche Entscheidung.** Darin, daß nicht ein Beschluß der Gesellschafter genügt, sondern eine gerichtliche Entscheidung (d. h. Urteil oder Beschluß; §. 16 Anm. I; vgl. P. 243) erfordert wird, liegt eine gewollte (Denkschr. 86) Abweichung von dem entsprechenden §. 712 B.G. [Nach Art. 101 A.D.H. war die Frage bestritten.] Das Gericht kann vermöge der ihm in §§. 117, 127, 140, 147 beigelegten Befugnisse in betreff der Personen, welche zur Leitung der Geschäfte berufen sind, gewisse zweckentsprechende Anordnungen treffen oder gemäß §. 133 die Auflösung der Gesellschaft aussprechen; dagegen ist — abgesehen von den Fällen einer einstweiligen Verfügung (§§. 935, 940, 938 C.P.O., vgl. R.G. IX, 335, XXVII, 430) — dem Gericht nirgends die Befugnis erteilt, durch sachliche Anordnungen oder Verbote in den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte einzugreifen, weder vor der Auflösung der Gesellschaft, noch während der Liquidation (R.G. XII, 34). — Das „kann" ist dahin zu verstehen,

daß selbst, wenn nach Ansicht des Gerichts ein wichtiger Grund vorliegt, dennoch das Gericht nach freiem Ermessen auf Grund sonstiger Erwägungen (z. B. wegen gleichen Verschuldens der Antragsteller oder wegen vorauszusehender unverhältnismäßiger Schädigung des Antragsgegners) die Entziehung ablehnen darf. Der Sinn ist kein anderer als in dem allerdings etwas abweichend gefaßten §. 140 (P. 238, R.O.H. XVIII, 396; vgl. R.G. XXIV, 139).

e. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 70 Anm. I, §. 133 Anm. Id. Der Grund muß ein für die Geschäftsführung wichtiger sein. Ein Grund, der für die Entziehung der Geschäftsführung ein wichtiger ist, braucht kein wichtiger Grund zur Entziehung der Vertretungsmacht (§. 127) zu sein, und umgekehrt. Vorgänge, die zur Entziehung der Geschäftsführung und der Vertretungsmacht oder zur Kündigung der Geschäftsführung seitens des Geschäftsführenden (unten Anm. II) einen wichtigen Grund geben, brauchen noch nicht wichtig genug zu sein, um gleichzeitig auch einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft (§. 133) oder Ausschließung des Gesellschafters (§. 140) zu bilden. — Nach Art. 101 Abs. 3 A.D.H. sollte eine Entziehung der Geschäftsführung insbesondere in den folgenden im Art. 125 Ziff. 2–5 A.D.H. aufgeführten Fällen für begründet erklärt werden können:

„2) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;
3) wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;
4) wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;
5) wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird."

Eine entsprechende genauere Aufführung einzelner Beispiele ist in das H.G.B. nicht übernommen, vielmehr sind als Beispiele nur in allgemeinerer Fassung „grobe Pflichtverletzung" und „Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung" genannt.

1. **Grobe Pflichtverletzung.** Eine solche kann z. B. liegen in einer nicht nur unerheblichen Verletzung der Vorschriften der §§. 111, 112 oder der nach §. 114 bestehenden Geschäftsführungspflicht. Ferner im Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens oder der Vertretungsmacht zu privatem Vorteil. Auch in dem Mißbrauch der Gesellschaftsfirma für Privatangelegenheiten, selbst wenn eine Benachteiligung der Gesellschaft zum Besten des einen Gesellschafters nicht beabsichtigt ist (R.O.H. XX, 267).
2. **Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.** Die Unfähigkeit braucht nicht verschuldet zu sein (Denkschr. 98).

II. **Kündigung der Geschäftsführung seitens des geschäftsführenden Gesellschafters.** Zu unterscheiden von der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis seitens der Gesellschaft (§. 117) und von der Kündigung des Gesellschaftsvertrages seitens eines Gesellschafters (§. 132). Zur Anwendung kommt (Denkschr. 86) das Bürgerliche Gesetzbuch:

§. 712 Abs. 2. „Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des §. 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung."

§. 671 Abs. 2, 3. „Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat."

Nach dem Zusammenhange des §. 712 Abs. 2 mit dem §. 712 Abs. 1 B.G., in welchem letzteren nur von der „durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Befugnis zur Geschäftsführung" die Rede ist, wird anzunehmen sein, daß auch §. 712 Abs. 2 sich nur auf den Fall besonderer Übertragung der Geschäftsführung (§. 114 Abs. 2 H.G.B.) beziehen soll. Hat eine solche besondere Übertragung nicht stattgefunden, sind also alle Gesellschafter zur Geschäftsführung verpflichtet (§. 114 Abs. 1), so ist anzunehmen, daß eine Kündigung seitens eines derselben, selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, nicht zulässig ist; eine Kündigung würde in solchem Falle zu einer durch einseitige Handlung des Schuldners erfolgenden Minderung des nach dem Gesellschaftsvertrage geschuldeten gleichen Arbeitsleistungsbeitrages (§. 114 Anm. I, IV) führen. (Anders bei Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis; oben Anm. Ia; vgl. §. 114 Anm. IV.)

§. 118.

Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

A.D.H. Art. 105. **Entw. I.** — **Entw. II** §. 116.

§. 118.

I. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Der §. 118 entspricht dem §. 716 B.G. und ist nur mit Rücksicht auf den Zusammenhang der Vorschriften in dem H.G.B. beibehalten worden (Denkschr. 86).

II. **Gesetzliches Nachprüfungsrecht.**

a. **Jeder Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.** Das Recht steht mithin nicht nur den nichtgeschäftsführenden, sondern auch den geschäftsführenden Gesellschaftern zu. Auch für letztere kann es z. B. dann wichtig sein, wenn ihnen bestimmte Zweige der Geschäftsführung, die eine Kenntnisnahme von der Buchführung nicht mit sich bringen, überwiesen worden sind. Den nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern steht das Recht zu, gleichgiltig in welcher Form ihre Ausschließung erfolgt ist (§. 114 Anm. II).

b. **Persönliches Unterrichten von den Angelegenheiten der Gesellschaft.** Hierin ist eingeschlossen die Befugnis, „jederzeit in das Geschäftslokal zu kommen", was Art. 105 A.D.H. als besonderes Recht nannte. Das Recht darf nur „persönlich" ausgeübt werden. Unter persönlicher Ausübung ist die Ausübung durch einen gesetzlichen Vertreter mitbegriffen (§. 12 Anm. Ie).

c. **Einsichtnahme in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft und Anfertigung einer Bilanz.**

1. Handelsbücher. Vgl. §. 45 Anm. I, §. 38 Anm. Ib.
2. „Der Gesellschaft". Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf alle Handelsbücher und Papiere, die im Eigentum oder im Besitze (§. 855 B.G.) der Gesellschaft sind. Soweit Handelsbücher und Papiere, die sich auf Angelegenheiten der Gesellschaft beziehen, im Eigenbesitz eines Gesellschafters sind, kann seitens des einzelnen Gesellschafters ein Anspruch auf Einsicht nur unter den Voraussetzungen und in

den Grenzen der §§. 45 ff. H.G.B., §§. 809 ff. B.G. geltend gemacht werden. (Weitergehend nach bisherigem Recht R.O.H. VI, 297). Daneben besteht das Recht der Gesellschaft gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter auf Auskunft und Rechnungslegung unter Beifügung der Belege (§. 114 Anm. VI).

3. Einsichtnahme. Die Einsicht ist in der Regel an dem gewöhnlichen Aufbewahrungsort zu gewähren. (Vgl. auch §. 811 B.G., welcher jedoch auf das Recht aus §. 118 H.G.B. nicht unmittelbar Anwendung findet). Die Einsichtnahme ist nur in den Grenzen gestattet, daß dadurch der laufende Geschäftsbetrieb keine erhebliche Störung erleidet. Der Einsichtnehmende andererseits ist — außer soweit hierin bei ungebührlicher Ausdehnung des Rechts ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde, §. 157 B.G. — nicht an Einhaltung der gewöhnlichen Geschäftszeit gebunden. Die Duldung der Einsichtnahme ist zwar eine Leistung (§. 241 B.G.); aber selbst wenn man §. 358 H.G.B. auch auf Leistungen, die in einem Dulden bestehen, anwenden will, so liegt doch kein Handelsgeschäft vor. Die Zuziehung eines Sachverständigen als Gehilfen bei Einsichtnahme ist zulässig, soweit nicht aus besonderen Gründen gegen dessen Person und Verschwiegenheit Bedenken vorliegen (R.O.H. VII, 75; ebenso R.G. XXV, 88 in einem Falle, in welchem die Auseinandersetzung zwischen dem ausgeschiedenen und den verbleibenden Gesellschaftern in Betracht kam). In Fällen, in denen das Bestehen auf persönlicher Einsicht (wenn auch unter Zuziehung von Sachverständigen) zu unbilligen Härten führen würde, ist die Einsicht durch einen oder mehrere von den Beteiligten benannte, im Falle des Widerspruchs vom Richter gebilligte Vertreter zuzulassen (R.G. v. 11. April 1896 in Bolze Bd. 22 Nr. 508 u. Gruchot Bd. 40 S. 1108, in einem Fall nach Beendigung der Liquidation). Für die Zeit der Liquidation s. §. 156 Anm. Ib 6, für die Zeit nach Beendigung der Liquidation §. 157 Abs. 2, für die Zeit nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters §. 138 Anm. IV.

d. **Recht auf Berichtigung der Bilanz.** Dasselbe ist eine notwendige Ergänzung des Prüfungsrechts (Bolze Bd. 23 Nr. 569).

III. **Vertragliche Ausschließung oder Beschränkung.** Vertragsbestimmungen gehen den Bestimmungen des §. 118 Abs. 1 vor (§. 109), gleichgiltig ob sie das in §. 118 **Abs. 1** gegebene Recht ausdehnen oder beschränken. Aus der allgemeinen Fassung des §. 109 würde an sich folgen, daß auch die Vorschrift des §. 118 **Abs. 2** durch eine ausdrücklich darauf gerichtete Vertragsbestimmung beseitigt werden könne. Dies ist jedoch nicht als Sinn des Gesetzes anzusehen; vielmehr gilt §. 118 Abs. 2 trotz ausdrücklicher gegenteiliger Vertragsbestimmung (§. 276 Abs. 2 B.G. ist entsprechend anzuwenden). Unredlichkeit ist ein weiterer Begriff als Betrug (P. 195) und umfaßt jede vorsätzliche Benachteiligung der Gesellschaft (Staub).

§. 119.

Beschlußfassung der Gesellschafter.

Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

A.D.H. Art. 103 Abs. 3. **Entw. I** §. 107. **Entw. II** §. 117.

§. 119.

I. **Beschluß der Gesellschafter.** Der Beschluß ist ein Vorgang im Innern der Gesellschaft und wirkt in der Regel nicht unmittelbar nach außen. Ausnahmen: §. 131 Ziff. 2 (Auf-

lösung der Gesellschaft), §. 146 (Ernennung besonderer Liquidatoren), §. 147 (Abberufung von Liquidatoren). Hieraus folgt, daß — von jenen Ausnahmen abgesehen — Beschlüsse, welche nur Rechtsverhältnisse mit Dritten betreffen, mit rückwirkender Kraft zurückgenommen werden können, bevor auf Grund derselben eine Kundgebung nach außen erfolgt ist. Die „Beschlüsse", auf welche §. 119 anwendbar ist, sind nur solche, welche innerhalb des Rahmens des Gesellschaftsvertrages bleiben. Änderungen des Gesellschaftsvertrages (vgl. jedoch §. 131 Anm. Ib) können nur einstimmig beschlossen werden (Cosack S. 570); ebenso dürfen Sonderrechte eines Gesellschafters nur mit dessen Zustimmung beseitigt oder beschränkt werden.

II. **Zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung Berufene.** Wer zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen ist, entscheidet sich in erster Reihe nach dem Gesellschaftsvertrag. Für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag eine Entscheidung nach der Mehrheit der Stimmen vorsieht, giebt §. 119 Abs. 2 — in Übereinstimmung mit §. 709 Abs. 2 B.G. — die Auslegungsregel, daß im Zweifel die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen sei. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung darüber, wer zur Mitwirkung berufen sei, so müssen in der Regel alle Gesellschafter zustimmen. Ausnahmen sind im Gesetz für einige Fälle vorgesehen, in denen nur ein Beschluß „der übrigen Gesellschafter" gefordert wird. So §. 113 Abs. 2, §. 139 Abs. 2, §. 141 Abs. 1 H.G.B. Abgesehen von den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Ausnahmen besteht keine allgemeine Vorschrift für Gesellschaften oder offene Handelsgesellschaften, daß ein interessierter Gesellschafter nicht an Abstimmungen der Gesellschafter teilnehmen dürfe. Da der Beschluß nur ein innerer Vorgang ist (oben Anm. I), so findet auf ihn das Verbot eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst in verschiedener Eigenschaft (§. 181 B.G.) keine Anwendung. Ebensowenig kommt in Betracht §. 34 B.G.: „Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft." Diese Bestimmung gilt nur für rechtsfähige Vereine; die offene Handelsgesellschaft ist aber kein Verein (§. 105 Anm. Ic). Eine entsprechende Anwendung zuzugestehen, erscheint bei der in der Regel sehr geringen Gesellschafterzahl in einer offenen Handelsgesellschaft bedenklich. In dergleichen Fällen, wenn Einstimmigkeit oder Mehrheit wegen Widerspruchs der interessierten Gesellschafter nicht zu erzielen ist, werden die übrigen Gesellschafter auf Geltendmachung der ihnen als einzelnen zustehenden Rechte (§. 117 Anm. Ic, §. 127, §. 133, §. 140, §. 147) angewiesen sein.

V. Gewinn, Verlust, Kapitalanteil, Entnahmen (§§. 120—122).

§. 120.

Gewinn- und Verlustanteil.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Antheil daran berechnet.

Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalantheile des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalantheil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.

A.D.H. Art. 107, 106 Abs. 2. **Entw. I** §. 108. **Entw. II** §. 118.

§. 120.

I. **Berechnung.**

a. **Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs.** Die Dauer des Geschäftsjahrs und der Beginn desselben richtet sich in erster Reihe nach dem Gesellschaftsvertrag (§. 109). In Ermangelung einer derartigen Bestimmung beginnt das Geschäftsjahr mit dem Beginn der Gesellschaft (§. 106 Anm. II d) und dauert zwölf Monate. Die vertragliche Ausdehnung des Geschäftsjahrs auf mehr als zwölf Monate ist unzulässig (§. 39 Abs. 2).

b. **Auf Grund der Bilanz.** Vgl. §. 39 Anm. III. Da die offene Handelsgesellschaft ihr Gesellschaftsvermögen beliebig vermindern darf, so können die Gesellschafter für die Berechnung von Gewinn und Verlust die Aufstellung einer Bilanz nach anderen als den gesetzlichen Bewertungsregeln (§. 40), z. B. unter Verabredung zu hoher Abschreibungen, vereinbaren (§. 109, Bolze Bd. 12 Nr. 503). Durch eine solche Bilanz ist aber der nach §. 39 bestehenden öffentlichrechtlichen Pflicht zur Aufstellung einer dem Gesetze entsprechenden Bilanz noch nicht genügt; eine Bilanz der letzteren Art muß daher außerdem gefertigt werden.

c. **Des Jahres** Gewinn oder Verlust. Diese Worte stellen klar, daß nur zu berechnen ist, inwieweit das verflossene Jahr Gewinn oder Verlust gebracht hat. Hierdurch ist die Annahme ausgeschlossen, daß, wenn in einem früheren Jahre durch Verlust die Einlagen der Gesellschafter vermindert worden waren, in einem künftigen Jahre nicht eher ein „Gewinn" im Sinne des §. 120 Abs. 1 als vorhanden anzusehen sei, als bis das Stammkapital zu seiner ursprünglichen Höhe ersetzt worden ist. „Gewinn des Jahres" in §. 120 ist daher gleichbedeutend mit „Jahresgewinn" in §. 121. Eine vertraglich übernommene Haftung für „jeden Verlust der Firma" wurde in einem Einzelfall (R.G. XXVII, 95) ausgelegt als eine Haftung für den gemäß dem Gesetz (jetzt §. 120) berechneten Verlust. Zum Verlust gehören auch die erfolgten widerrechtlichen Aneignungen von Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter, insoweit die daraus erwachsende Forderung der Gesellschaft an den Gesellschafter minderwertig ist, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters (R.G. XXVII, 96).

d. **Anteil** an Gewinn oder Verlust. Wie die Höhe dieses Anteils zu berechnen, ergiebt §. 121.

e. **Berechnet.** Die Berechnung hat zur unmittelbaren Folge nur die Zu- oder Abschreibung in den Büchern der Gesellschaft auf dem Kapitalkonto des einzelnen Gesellschafters (§. 120 Abs. 2). Inwieweit die Auszahlung eines Gewinnes zulässig, bestimmt §. 122 H.G.B.; inwieweit die Einzahlung eines Verlustes erforderlich, bestimmen §§. 707, 735 B.G.

II. **Kapitalkonto.** Das Kapitalkonto des einzelnen Gesellschafters in den Büchern der Gesellschaft weist nicht etwa den Anteil nach, zu welchem das Gesellschaftsvermögen im Miteigentum des betreffenden Gesellschafters steht (§. 105 Anm. Ig 2). Die Kapitalkonten haben vielmehr nur nach drei anderen Richtungen Erheblichkeit. Erstens sind sie zu Grunde zu legen behufs Feststellung der aus dem Jahresgewinn vorweg zu entnehmenden Verzinsung des Kapitalanteils (§. 121 Abs. 1) und als Maßstab für die Zulässigkeit von Entnahmen während des nächsten Geschäftsjahres (§. 122 Abs. 1). Zweitens dienen sie (der Höhe nach unveränderlich bei denjenigen Gesellschaftsarten, die nur den Reingewinn der ganzen Gesellschaftszeit verteilen, veränderlich bei der offenen Handelsgesellschaft, welche den Jahresgewinn verteilen darf; oben Anm. Ic, §. 122 Anm. II, III) zur Berechnung des verteilbaren Reingewinns, indem der Betrag der Kapitalkonten in die Bilanz als Passivposten aufzunehmen ist, der die für die Einlagen angeschafften Bestände ausgleicht, welche letztere als Aktivposten in der Bilanz erscheinen. Drittens ermöglichen die Endsummen der Kapitalkonten die Feststellung der Verhältniszahlen, nach welchen den einzelnen Gesellschaftern bei einer zwischen ihnen erfolgenden Auseinandersetzung (z. B. nach Auflösung der Gesellschaft und Beendigung der Liquidation, §. 155)

Bruchteile des Gesellschaftsvermögens zu erhalten haben (im Falle eines dann vorhandenen Aktivsaldos auf dem Kapitalkonto) oder noch ihrerseits etwas zuzuzahlen haben (im Falle eines dann vorhandenen Passivsaldos auf dem Kapitalkonto). — Wegen Übertragung von Anteilsrechten s. §. 105 Anm. If. — Unter Umständen können in den Büchern der Gesellschaft neben den Kapitalkonten noch andere Sonderkonten für einzelne Gesellschafter bestehen. In der Regel wird anzunehmen sein, daß bezüglich dieser Sonderkonten die Gesellschaft und der einzelne Gesellschafter im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner zu einander stehen, daß also — soweit nicht Frist erteilt ist oder aus einem etwa bestehenden Verhältnis laufender Rechnung andere Folgerungen sich ergeben — beiderseits sofortige bare Zahlung verlangt werden kann (vgl. z. B. §. 110 Anm. V). Es kann jedoch auch dem Willen aller Gesellschafter entsprechen, daß solche auf einem Sonderkonto gebuchte Posten (z. B. Entnahme für besondere Bedürfnisse des einzelnen Gesellschafters) nur am Schlusse des Geschäftsjahrs bei Feststellung des Kapitalanteils in Anrechnung gebracht werden sollen; dann sind die Sonderkonten nur Nebenkonten des Kapitalkontos und haben die Natur des letzteren (R.G. III, 59). — Das Wort **„Kapitalanteil"** (welches nach Denkschr. 87 das „Anteil am Gesellschaftsvermögen" des A.D.H. ersetzen soll) ist nicht an allen Stellen des Gesetzes in genau gleichem Sinne gebraucht. In §. 120 Abs. 2, §. 121 Abs. 2, §. 122 Abs. 2, §. 155 Abs. 1, §. 169 ist es gleichbedeutend mit „Betrag des Kapitalkontos" (auch eine Schuld des Gesellschafters auf Kapitalkonto einschließend); dagegen in §. 121 Abs. 1 und §. 122 Abs. 1 mit „Guthaben auf Kapitalkonto"; in §. 167 Abs. 2 steht „Kapitalanteil" für „Betrag des Kapitalkontos", das auf „Kapitalanteil" sich zurückbeziehende „dieser" für „Guthaben auf Kapitalkonto". Jedenfalls ist nirgends „Kapitalanteil" als gleichbedeutend mit dem „Anspruch auf das dem Gesellschafter bei Auseinandersetzung Zukommende" gebraucht; beide Begriffe sind daher auseinanderzuhalten.

III. **Zu- und Abschreibung.**

a. **Zuzuschreiben** ist für den Schluß des Geschäftsjahres (§. 39 Anm. III) der ermittelte Jahresgewinn-Anteil. Zuzuschreiben sind ferner (Denkschr. 87) unter den betreffenden Daten die etwa im Laufe des Geschäftsjahres erfolgten Geldeinlagen (§. 111 Anm. Ia) und sonstige der Gesellschaft zu Eigentum übertragene Sacheinlagen zum vereinbarten Wert (§. 706 B.G.). Ansprüche eines Gesellschafters an die Gesellschaft, welche die Eigenschaft von Gläubigerrechten haben, sind nicht als weitere Einlage auf Kapitalkonto, sondern als gewöhnliche Forderung auf Sonderkonto zu buchen, es sei denn, daß sie gemäß besonderer Vereinbarung auf Kapitalkonto übernommen werden (Bolze Bd. 19 Nr. 621, 622). So z. B. bei Ansprüchen für Aufwendungen oder Sonderverluste (§. 110 Anm. V), für besonders zu entgeltende Bemühungen bei Geschäftsführung (§. 114 Anm. IV).

b. **Abzuschreiben** ist für den Schluß des Geschäftsjahrs (§. 39 Anm. III) der ermittelte Jahresverlust-Anteil. Abzuschreiben sind ferner unter den betreffenden Daten die erfolgten Entnahmen. Etwa entstehende Ersatzforderungen der Gesellschaft an den einzelnen Gesellschafter sind ihm auf Sonderkonto zu belasten, nicht etwa auf Kapitalkonto abzuschreiben. Die Ergebnisse beider Buchungsarten sind verschiedene. Hat A einen Kapitalanteil 100 und B einen Kapitalanteil 200 und entsteht eine Ersatzforderung der Gesellschaft an B von 100, ist außer jener Ersatzforderung nichts verdient und nichts verloren, die Zinsverteilung vertraglich ausgeschlossen, das ganze Einlagekapital vorhanden, und sind A und B zu gleichen Anteilen gewinnberechtigt, so hat B die 100 einzuzahlen und von den 100 erhalten A und B je 50. Der Kapitalanteil des A erhöht sich mithin auf 150, der des B auf 250, so daß A mit $^3/_8$, B mit $^5/_8$ beteiligt bleibt. Würden statt dessen 100 als der von B zu leistende Ersatz einfach vom Kapitalkonto des B abgeschrieben, so würde der Kapitalanteil des A auf 100, der des B gleichfalls auf 100 sich stellen, A mithin zu $^4/_8$ und B zu $^4/_8$ beteiligt bleiben, B mithin in seinem Rechte verkürzt sein.

§. 121.

Höhe der Gewinn- und Verlustanteile.

Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Antheil in Höhe von vier vom Hundert seines Kapitalantheils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Antheile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnantheils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs Geld auf seinen Kapitalantheil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Theil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnantheile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahrs wird unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt.

A.D.H. Art. 106 Abs. 1, 3, Art. 109. **Entw. I** §. 109. **Entw. II** §. 119.

§. 121.

I. **Vom Jahresgewinn zunächst vier vom Hundert des Kapitalanteils.** In Abweichung vom A.D.H. ist keine feste Verzinsung der Kapitaleinlagen vorgeschrieben (Denkschr. 87), sondern nur eine aus dem Jahresgewinn (§. 120 Anm. Ic) vorweg zu entnehmende Verzinsung soweit dieser Jahresgewinn reicht. Gegenteilige Vertragsbestimmungen sind in erster Reihe maßgebend (§. 109, K.B. 56). Die Verzinsung erfolgt selbstverständlich nur nach Maßgabe der Zeit, während deren die Einlage bereits gemacht oder die Entnahme noch nicht erfolgt war (§. 121 Abs. 2).

II. **Jahres-Gewinnüberschuß und Jahres-Verlust.** Der nach Abzug der Kapitalanteils-Verzinsung (Anm. I) verbleibende Überschuß des Jahresgewinnes (§. 120 Anm. Ic) oder der berechnete (§. 120 Anm. I) Jahresverlust werden — in Ermangelung gegenteiliger Vertragsabreden (§. 109) — nach Köpfen verteilt. Die Folge der Verteilung ist zunächst nur die Zu- oder Abschreibung auf den Kapitalkonten der einzelnen Gesellschafter (§. 120 Anm. III). Inwieweit eine Auszahlung zulässig, bestimmt §. 122. — Auf den Gewinnüberschuß und auf den Verlust findet entsprechende Anwendung (Denkschr. 88) §. 722 Abs. 2 B.G.:

> „Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust."

Zulässig ist eine vertragliche Überlassung der Feststellung des Gewinn- oder Verlustanteils von Gesellschaftern an andere Gesellschafter oder Dritte (§§. 315 ff. B.G., R.O.H. XVI, 428). Sind Einlagen von verschiedener Höhe geleistet, so hat dies im Zweifel auf die Verlustanrechnung keinen Einfluß; B hat seinen Verlustanteil selbst dann zu tragen, wenn seine Einlage bereits durch Verlust aufgebraucht, aber eine Einlage des A noch vorhanden ist; ebenso auch wenn bereits beide Einlagen aufgebraucht sind. Ausnahmsweise kann jedoch — trotz und neben einer Vertragsbestimmung, daß Gewinn und Verlust gleich verteilt werden sollen — doch vereinbart sein, daß für etwaige Verluste zunächst die Einlagen aller Gesellschafter als Deckung dienen sollen, oder daß ein Gesellschafter überhaupt nicht (im inneren Verhältnis) über seine Einlage hinaus zu haften habe, oder daß die Ausgleichung der Gesellschafter untereinander nur in Ansehung derjenigen Verluste stattfinden solle, die nach dem Verbrauche sämtlicher Einlagen noch vorhanden sein würden

(R.G. XL, 30). — Ist vereinbart, daß ein Gesellschafter nur am Gewinn oder nur am Verlust teilnehmen soll, so ist der Vertrag nicht als Gesellschaftsvertrag, sondern als bedingte Schenkung aufzufassen. Es liegt daher dann überhaupt keine offene Handelsgesellschaft vor (dagegen Staub Einl. zu Art. 90 A.D.H.; vgl. auch H.G.B. §. 336 Abs. 2.). Eine gesellschaftliche Gewinnbeteiligung liegt nicht in der Berechtigung, von den seitens der Gesellschaft von dem betreffenden Gesellschafter bezogenen Waren bestimmte Bruchteile des Preises als Sondergewinn aufzuschlagen (R.G. XXXI, 74).

§. 122.

Verminderung des Kapitalanteils. Entnahmen.

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Antheils am Gewinne des letzten Jahres zu verlangen.

Im Uebrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalantheil zu vermindern.

A.D.H. Art. 108. **Entw. I** §. 110. **Entw. II** §. 120.

§. 122.

I. **Berechtigung.** Nur eine Berechtigung des einzelnen Gesellschafters zur Erhebung von Zinsen und zur Entnahme des letztjährigen Gewinnanteils wird ausgesprochen. Soweit der Gesellschafter von diesem Recht nicht Gebrauch macht, bleiben die nicht erhobenen Beträge als Teile des Kapitalanteils stehen (P. 4632, Denkschr. 96), und die übrigen Gesellschafter haben nicht das Recht zu widersprechen, auch wenn hierdurch die Kapitalbeteiligung des betreffenden Gesellschafters in stärkerem Verhältnis als die ihrige wächst. Soweit der Gesellschafter von einem gesetzlichen oder vertraglichen Entnahmerecht Gebrauch macht und innerhalb der Grenzen des Rechtes bleibt, ist er, auch wenn sich demnächst Verlust ergiebt, nur zur Duldung der Belastung seines Kapitalkontos, nicht — abgesehen von den Verhältnissen bei Auseinandersetzung nach Gesellschaftsauflösung — zur baren Erstattung verpflichtet (R.G. III, 59). — Für die Zeit der Liquidation §. 155 Abs. 2.

II. ***Erhebung von vier vom Hundert des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu Lasten des Erhebenden.***

a) **Erhebung.** Ist dem Gesellschafter die Kassenführung als besonderer Geschäftszweig übertragen (§. 114 Abs. 2), oder hat überhaupt keine besondere Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis an einzelne Gesellschafter stattgefunden (§. 114 Abs. 1), so darf der Gesellschafter ohne weiteres den Betrag aus der Gesellschaftskasse entnehmen. Anderenfalls ist er den Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, sich an den geschäftsführenden Gesellschafter (§. 115) mit dem Ersuchen um Auszahlung zu wenden. Im ersteren Fall, wenn nämlich der Gesellschafter den Betrag selbständig entnimmt, handelt er hierbei, auch nach außen, giltig für die Gesellschaft, weil nur eine Verbindlichkeit erfüllend (§. 181 B.G., oben §. 111 Anm. IIIb). Die Erhebung der Zinsen ist selbst dann zulässig, wenn im laufenden Jahr die Gesellschaft mit Verlust arbeitet (Denkschr. 88), oder wenn sie im Vorjahr mit Verlust gearbeitet hat. — Im Falle einer Auszahlungsweigerung ist gegen die Gesellschaft die Klage auf Zahlung zu richten; gegen die widersprechenden Gesellschafter könnte höchstens auf Unterlassung des Widerspruchs oder auf Feststellung seiner Unzulässigkeit geklagt werden (R.O.H.

XIX, 416; dagegen zu Unrecht R.O.H. XXIV, 166 bei Klage gegen den persönlich haftenden Gesellschafter einer K.A.G. bisherigen Rechts). — Über unbefugte Geldentnahmen §. 111 Anm. III.

b) **Für das letzte Geschäftsjahr festgestellt**, d. h. für (§. 39 Anm. III) den Schluß des letzten Geschäftsjahrs (§. 120 Anm. Ia) nach Zu- oder Abschreibung (§. 120 Anm. III) des damaligen Jahresgewinn- oder Jahresverlust-Anteils (§. 121) festgestellt. — Während des ersten Geschäftsjahrs wird dies entsprechend auf die in die Eröffnungsbilanz (§. 39 Anm. II) aufzunehmenden Einlagen anzuwenden, und mithin die Entnahme von vier vom Hundert jener Einlage auch während des ersten Geschäftsjahrs zu gestatten sein. [Anders nach bisherigem Recht wegen der abweichenden Fassung des Art. 108 Abs. 2 A.D.H.]

c) **Kapitalanteil.** Vgl. §. 120 Anm. II.

d) **Zu Lasten des Erhebenden.** D. h. der Betrag der Entnahme ist auf dem bei der Gesellschaft geführten Kapitalkonto des entnehmenden Gesellschafters als Minderung der Kapitaleinlage zu buchen. Dies hat zur Folge, daß wenn in dem laufenden Geschäftsjahre kein zu einer vieromhundertigen Verzinsung (§. 121 Anm. I) ausreichender Jahresgewinn erzielt wird, die Mehrentnahme bei dem Abschluß der Kapitalkonten für Ende des laufenden Geschäftsjahrs (oben Anm. IIb) als endgiltige für das nächste Geschäftsjahr zu Grunde zu legende Minderung der Kapitaleinlage gilt.

III. **Auszahlung des letztjährigen Gewinnüberschusses.** Die Auszahlung (oben Anm. IIa) des im letztvergangenen Geschäftsjahr über den Betrag der Verzinsung hinaus erzielten Gewinnanteils (§. 121 Anm. II) kann nur in dem Umfange verlangt werden, in welchem es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Insoweit der letztjährige Gewinnüberschuß während des folgenden Geschäftsjahres nicht erhoben wird, büßt der Berechtigte sein Recht zur Erhebung ein und kann es später nicht mehr einseitig ausüben (Staub, Cosack S. 555, Denkschr. 96: „der unerhobene Gewinn aus früheren Jahren ist regelmäßig als Vermehrung der Kapitaleinlage der Gesellschafter anzusehen"; vgl. auch Denkschr. 113). Die Behauptung, daß die Auszahlung zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichen würde, ist von dem Einwendenden zu beweisen (das „nicht" steht unmittelbar, nur durch „es" getrennt, hinter dem „soweit". Planck, B.G. Vorbemerkung V, 6 zu Buch I). Die Klage auf Auszahlung von Gewinn ist gegen die Gesellschaft zu richten (R.O.H. XIX, 416); inwieweit auch eine Klage gegen Mitgesellschafter zulässig ist, vgl. §. 128 Anm. IIa 2.

IV. **Sonstige Verminderung des Kapitalanteils.** Sie ist unzulässig ohne Einwilligung der übrigen (d. h. aller übrigen; §. 112 Anm. IIb 2) Gesellschafter. Kapitalanteil s. §. 120 Anm. II.

Dritter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

I. Beginn der Wirksamkeit (§. 123).

§. 123.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus dem §. 2 sich ein Anderes ergiebt.

Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 110. **Entw.** I §. 111. **Entw.** II §. 121.

§. 123.

I. **Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten.**

a. Wirksamkeit „**der** offenen Handelsgesellschaft" (§. 123 Abs. 1); „**die** Gesellschaft" (§. 123 Abs. 1, 2, 3). Gemeint ist in §. 123 nur, daß im Verhältnis zu Dritten die Wirksamkeit „einer offenen Handelsgesellschaft als einer **solchen**" mit der Eintragung oder dem Geschäftsbeginn eintrete. Einerseits schließt der §. 123 nicht aus, daß noch vor Eintragung oder Geschäftsbeginn die Gesellschaft in anderer Eigenschaft als derjenigen einer offenen Handelsgesellschaft, z. B. als gewöhnliche Gesellschaft, Dritten gegenüber wirksam werden kann (vgl. R.G. XXXIX, 29). Andererseits enthält §. 123 auch nicht die Vorschrift, daß jede als offene Handelsgesellschaft eingetragene oder unter der Kundgebung, sie sei eine offene Handelsgesellschaft, ihre Geschäfte beginnende Gesellschaft auch thatsächlich eine offene Handelsgesellschaft sei (§. 105 Anm. Ii). Der Inhalt der gemäß §. 123 eintretenden Wirksamkeit beschränkt sich daher darauf, daß, wenn überhaupt eine Gesellschaft vorliegt (§. 105 Anm. Id), und (Bolze Bd. 23 Nr. 574), wenn diese Gesellschaft im Verhältnis der Gesellschafter zu einander eine offene Handelsgesellschaft ist (§. 105 Abs. 1), im Verhältnis zu Dritten durch Eintragung oder Geschäftsbeginn die für Kaufleute gegebenen Vorschriften (§. 6 Abs. 1), die selbständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (§. 124) mit ihren Folgen, und die besonderen Vorschriften über Vertretungsbefugnis (§§. 125—127) und Haftung (§§. 128—130) der Gesellschafter Geltung erlangen. Der §. 123 findet daher z. B. auch dann nicht Anwendung, wenn eine Gesellschaft bereits durch Vertrag wieder aufgehoben ist oder aus anderem Grunde zu entstehen aufgehört hat, bevor (z. B. in betrüglicher Weise durch einen Gesellschafter) die Eintragung veranlaßt wird oder der Geschäftsbeginn erfolgt (R.O.H. XII, 409, 412). — Aus §. 123 Abs. 3 ist zu folgern, daß eine Gesellschaft schon dann im Sinne des §. 123 vorliegt, wenn nur ein giltiger Gesellschaftsvertrag geschlossen ist, mag in demselben auch der Gesellschaftsbeginn auf einen erst künftigen Zeitpunkt festgesetzt sein.

b. **Die Wirksamkeit tritt ein.** Die Wirkung ist eine weitergehende als nach der allgemeinen Regel des §. 15 Abs. 2. Der Dritte hat — wenn nur eine offene Handelsgesellschaft thatsächlich vorliegt (Anm. Ia) — nicht den Einwand, er habe die eingetragene und bekanntgemachte Thatsache nicht gekannt noch kennen müssen (Cosack S. 530; vgl. R.O.H. XXIII, 283); er wird auch kaum je ein Interesse an solchem Einwand haben. Wird die eingetragene Thatsache später geändert, ohne daß die Änderung eingetragen wird, so kommt insoweit die allgemeine Regel des §. 15 Abs. 1 zur Anwendung. Vgl. unten Anm. IIb.

II. **Durch Eintragung**. Die Eintragung hat im Verhältnis nach innen nur erklärende Wirkung (§. 105 Anm. Ii). Im Verhältnis nach außen hat die Eintragung die Wirkung, daß spätestens mit der Eintragung die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft als einer solchen beginnt. Aus §. 123 folgt letzteres nur, wenn die eingetragene Gesellschaft im Verhältnis nach innen wirklich eine offene Handelsgesellschaft ist (oben Anm. I). Aus den allgemeinen Grundsätzen über Kundgebungen kann aber im Einzelfall dasselbe

auch abzuleiten sein, wenn die eingetragene Vereinigung im Verhältnis nach innen nicht offene Handelsgesellschaft ist (unten Anm. IV b).

a. **„Mit dem Zeitpunkt"** soll nur heißen „spätestens mit dem Zeitpunkt" (R.G. XXXIV, 55). Vgl. §. 123 Abs. 2. Hieraus folgt, daß §. 123 nicht ausschließt, daß auch vor den in Abs. 1 und 2 angegebenen Zeitpunkten aus anderem Grunde die Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten eintreten kann (unten Anm. IV). Wird als Zeitpunkt, an welchem die Gesellschaft begonnen hat, ein vor dem Zeitpunkt der Eintragung gelegener Zeitpunkt eingetragen, so folgt (wenn die §. 106 Anm. II d vorgetragene Ansicht über die Bedeutung dieser Eintragung gebilligt wird) an sich nicht, daß Dritten gegenüber bereits seit jenem früheren Zeitpunkt die Wirksamkeit als offene Handelsgesellschaft eintritt. (Dagegen, also für Bejahung, nach bisherigem Recht R.G. XXXIV, 55). In solchem Fall ist vielmehr zu untersuchen, ob thatsächlich bereits ein Geschäftebeginn stattgefunden hatte. Wird in der Anmeldung zum Handelsregister nicht der wahre Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginns, sondern ein willkürlich gewählter angegeben, so kann dies unter Umständen die Bedeutung einer Kundgebung (unten Anm. IV) haben, daß seit dem angegebenen Zeitpunkt die Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten eintreten solle.

b. **„Eingetragen."** Der §. 123 Abs. 1 knüpft die eintretenden Wirkungen an die Eintragung; weder an die Anmeldung noch an die Bekanntmachung (R.O.H. XXIII, 283). Da §. 123 Abs. 1 eine Sondervorschrift enthält, so ist die allgemeine Vorschrift des §. 15 Abs. 2 insoweit nicht anwendbar (oben Anm. I b). Erfolgt zu Unrecht eine Eintragung als offene Handelsgesellschaft, so kommen die allgemeinen Regeln über zu Unrecht erfolgte Eintragungen zur Anwendung, und demgemäß kann je nach der Veranlassung, die zu der Eintragung geführt hat, entweder Dritten gegenüber die Eintragung so wirken als wenn eine offene Handelsgesellschaft vorliege, oder es können andere Wirkungen eintreten (unten Anm. IV, §. 15 Anm. III A c 1, §. 105 Anm. I i). — An die Eintragung knüpft sich unmittelbar die Wirkung; es ist unerheblich, ob thatsächlich später der Betrieb eines Handelsgewerbes erfolgt ist (Bolze Bd. 23 Nr. 574).

c. Nur Eintragung der **Gesellschaft** ist erfordert. Ist die Gesellschaft eingetragen, so treten daher die Wirkungen auch gegenüber einem behufs Verheimlichung seiner Beteiligung als Gesellschafter nicht mit eingetragenen offenen Handelsgesellschafter ein (Bolze Bd. 4 Nr. 804); ebenso gegenüber einem neueingetretenen Gesellschafter auch vor seiner Eintragung (§. 130 Anm. I b).

III. **Durch Beginnen der Geschäfte.**

a. **Mit dem Zeitpunkt.** Vgl. Anm. II a.

b. **Geschäftebeginn.** Dies ist gleichbedeutend mit Beginnen des Gewerbebetriebes (§. 1 Anm. III A d) und zu unterscheiden von dem Beginnen „eines (Handels-) Geschäfts" (§. 22 Anm. I b). Nur derjenige Geschäftebeginn kommt in Betracht, welcher dem Willen aller Gesellschafter entspricht, mag dieser ausdrücklich erklärt sein oder aus dem Verhalten der Gesellschafter hervorgehen (R.O.H. XII, 410, XV, 428, Bolze Bd. 3 Nr. 795, O.L.G. Braunschweig v. 8. Nov. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 499). Nur wenn „die Gesellschaft" „ihre" Geschäfte beginnt, also wenn ein Gewerbebetrieb im Namen der Gesellschaft begonnen wird (§. 1 Anm. II E), findet §. 123 Abs. 2 Anwendung. Nicht jedoch, wenn — trotz inneren Bestehens eines Gesellschaftsverhältnisses — nur im Namen eines Gesellschafters gehandelt worden und nach außen das Gesellschaftsverhältnis völlig geheim geblieben ist (R.O.H. VII, 432, IX, 283). Erforderlich ist die Kundgebung des Gesellschaftsverhältnisses nach außen durch eine auf Grund desselben erfolgte Thätigkeit (R.G. v. 15. April 1898 J.W. S. 290). Wird aber überhaupt das Bestehen eines

Gesellschaftsverhältnisses nach außen kundgegeben, so haften selbst diejenigen Gesellschafter, die offene Handelsgesellschafter sein wollten, deren Beteiligung aber nach außen verheimlicht worden ist (Bolze Bd. 4 Nr. 804). Vorbereitungsgeschäfte für einen erst später zu beginnenden Gewerbebetrieb werden in der Regel nicht als ein Geschäftebeginn anzusehen sein (vgl. §. 60 Anm. I, §. 112 Anm. Ie. Dagegen Staub. Vgl. auch Kammergericht Berlin v. 18. Juli 1865 in Busch VII, 186, welches indessen keine grundsätzliche Entscheidung giebt). Bei solchen Vorbereitungsgeschäften wird die Parteiabrede in der Regel dahin auszulegen sein, daß, wenn demnächst die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft wirksam gegenüber Dritten wird, soweit möglich, diejenigen Rechtswirkungen eintreten, die eingetreten wären, wenn jene Wirksamkeit gegenüber Dritten bereits bei Vertragsabschluß vorhanden gewesen wäre (vgl. R.G. XXXIX, 30).

c. **„Soweit nicht aus dem §. 2 sich ein Anderes ergiebt."** Durch diesen Zusatz ist nach Denkschr. 89 „zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich hervorgehoben, daß der Grundsatz, wonach die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft gegenüber Dritten schon vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister durch den Beginn der Gesellschaftsgeschäfte eintritt, eine Ausnahme in den Fällen erleidet, in welchen es sich um ein Unternehmen handelt, das nach §. 2 erst durch die Eintragung die Eigenschaft als Handelsgewerbe erhält."

Um die richtige Bedeutung des Zusatzes zu ermitteln, denke man ihn zunächst als nicht geschrieben. Da die Tragweite des §. 123 überhaupt dahin zu beschränken ist, daß „die Gesellschaft" in §. 123 Abs. 2 eine „nach innen als offene Handelsgesellschaft bestehende (oder gleichzeitig entstehende) Gesellschaft" bedeutet (oben Anm. I), so ergiebt sich, daß die Wirkung des §. 123 Abs. 2, auch wenn man den obigen Zusatz nicht berücksichtigt, nur eintreten kann, wenn die Merkmale der offenen Handelsgesellschaft (§. 105 Abs. 1) zur Zeit des Geschäftebeginns bereits vorliegen. Bei den Gewerben des §. 2 (und §. 3 Abs. 2) können diese Merkmale in zwei Fällen vorliegen, in denen die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, §. 123 Abs. 1 also nicht Anwendung findet:

1. wenn es sich um den Beginn eines neuen Gewerbes unter Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäfts mit dessen (Einzel- oder Gesellschafts-) Firma handelt (vgl. oben Anm. IIIb. Der §. 2 verlangt nur die Eintragung der „Firma des Unternehmers". Die Firma ist in solchem Falle bereits eingetragen, auch wenn die nach §§. 31, 106 erforderliche Eintragung „der Gesellschaft" noch nicht erfolgt ist);
2. wenn eine Gesellschaft vorliegt, deren Zweck auf den Betrieb eines Gewerbes der in §. 2 (oder §. 3 Abs. 2) genannten Gattung mit gleichzeitiger Absicht der Eintragung einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet war, welche mithin (§. 105 Anm. IIa) im Verhältnis der Gesellschafter zueinander bereits eine offene Handelsgesellschaft ist.

Denkt man den Zusatz in §. 123 Abs. 2 hinweg, so würde in diesen beiden Fällen bei Geschäftebeginn die Gesellschaft auch nach außen hin als offene Handelsgesellschaft wirksam werden.

Im ersten der beiden erwähnten Fälle hat dies nichts Bedenkliches, denn die Bestimmungen des §. 2 über die Wirkung der Eintragung haben nur den Zweck, für den Dritten klarzustellen, ob auf das Unternehmen die für Kaufleute (nicht ob die für Gesellschaften) gegebenen Vorschriften ihm gegenüber Anwendung finden. Dies ist aber durch die Eintragung klargestellt, und im übrigen ist der Dritte durch §. 15 Abs. 1 genügend gesichert. Auch würde man bei der Annahme, daß in solchem Falle die noch nicht als solche eingetragene Gesellschaft kein Handelsgewerbe betreibe und mithin nicht Kaufmann sei, mit §. 5 in Widerspruch geraten. In diesem ersten

Falle tritt daher auch trotz des Zusatzes in §. 123 Abs. 2 die Wirksamkeit einer unter §. 2 (oder §. 3 Abs. 2) fallenden Gesellschaft als offener Handelsgesellschaft bereits mit dem Geschäftebeginn ein.

Anders in dem obigen zweiten Fall. Wollte man zugestehen, daß auch in diesem Fall der Geschäftebeginn genüge, so würde eine im Verhältnis der Gesellschafter zueinander bestehende offene Handelsgesellschaft als Betreiberin eines Gewerbes der in §. 2 (oder §. 3 Abs. 2) erwähnten Gattung auch gegenüber Dritten als offene Handelsgesellschaft durch bloßen Geschäftebeginn wirksam werden, und damit (§. 6 Abs. 1) würden ohne Eintragung der Firma des Unternehmers die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auch dem Dritten gegenüber anwendbar werden. Gerade dies sollte aber durch die Vorschrift des §. 2 über die Wirkung der Eintragung verhindert werden. (Vgl. auch die Fassung der Bestimmung im Entwurf I §. 111 Abs. 4). Die Bedeutung des Zusatzes besteht daher darin, eine solche Folgerung aus §. 123 Abs. 2 auszuschließen. Die Fassung des Zusatzes ist allerdings nicht ganz zutreffend, denn aus §. 2 unmittelbar ergiebt sich nichts „Anderes", vielmehr nur aus dem gesetzgeberischen Grunde, der zu der Bestimmung des §. 2 über die Wirkung der Eintragung geführt hat.

IV. **Durch Kundgebung.**

a. **Das Kundgegebene ist wahr.** Der Wortlaut des §. 123 schließt nicht aus (oben Anm. II a), daß auch in Fällen, die im §. 123 nicht erwähnt sind, die Wirksamkeit einer Gesellschaft gegenüber Dritten als offener Handelsgesellschaft eintreten kann. Einer Kundgebung, welche als solche gewollt ist und von denjenigen, die dadurch verpflichtet werden sollen, oder mindestens mit ihrer Zustimmung erlassen wird, muß in der Regel (selbst bei Unrichtigkeit der kundgegebenen Thatsache) die Bedeutung beigemessen werden, daß das Kundgegebene in dem Verhältnis zwischen Kundgebendem und Kundgebungsempfänger rechtlich wirksam wird. (Vgl. z. B. §§. 171, 409, 657 B.G. Die Kundgebung steht gleich einem Vertragsangebot, häufig dem Angebot eines Vertrages, der für künftig abzuschließende Verträge die Grundlage bilden soll, und bei welchem nach der Verkehrssitte die Annahme nicht erklärt zu werden braucht, §. 151 B.G.). Wird unter Zustimmung aller Gesellschafter Dritten das Bestehen einer thatsächlich bestehenden offenen Handelsgesellschaft kundgegeben, so wird sie daher hierdurch ihnen gegenüber rechtlich wirksam (R.O.H. XIII, 375, XXIV, 320, R.G. XL, 146). Eine solche Kundgebung liegt in einem Auftreten, welches von Dritten nur als dasjenige eines Geschäftsmitinhabers aufgefaßt werden kann (R.G. XXXI, 39), in der ohne beschränkenden Zusatz erfolgten Mitteilung, daß jemand „als Mitarbeiter und Teilhaber" beigetreten sei (R.O.H. XV, 20), in der Selbstbezeichnung als Mitinhaber der Firma oder als Teilhaber (R.O.H. I, 260, XIII, 376). In der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages liegt nicht schon die Ermächtigung, Dritten gegenüber das Bestehen der Gesellschaft kundzugeben; eine ohne solche Ermächtigung erfolgte Kundgebung durch einen einzelnen Gesellschafter wirkt daher zu Lasten der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft ebensowenig wie ein ohne solche Ermächtigung erfolgter Geschäftebeginn (oben Anm. III b).

b. **Das Kundgegebene ist unwahr.** Geht die Kundgebung von allen aus, die dadurch verpflichtet werden sollen, so tritt hierdurch zwar keine (nicht schon sonst vorhandene) offene Handelsgesellschaft ins Leben, die Kundgebenden müssen aber nach außen das Kundgegebene gelten lassen als wäre es wahr (Anm. IV a); auch sonstige Rechtsfolgen können eintreten (vgl. §. 15 Anm. III A c 1). Geht die Kundgebung nicht von allen aus, die zu verpflichten das Kundgegebene an sich geeignet wäre, und erfolgt die Kundgebung auch nicht mit ihrer Zustimmung, so treten nur für die Kundgebenden die oben bezeichneten Wirkungen ein (R.O.H. XIII, 376, XXIV, 320). Ein solche Kundgebung liegt in der Mitwirkung bei Anmeldung der Vereinigung als

offener Handelsgesellschaft zum Handelsregister und folgender, unwidersprochen gelassener Eintragung und Bekanntmachung (R.G. XL, 146; vgl. jedoch R.G. XXXVII, 61). Wenn jemand so häufig sich als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft benimmt, daß anzunehmen ist und auch ihm selbst nicht entgehen konnte, es werde dieses sein Verhalten dem Handel treibenden Publikum oder doch dem dabei interessierten Teil dieses Publikums bekannt werden, so kann derselbe von den Gläubigern jener Firma auf Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden, gleich als wenn er wirklich Inhaber der Firma wäre (O.L.G. Hamburg v. 13. Novbr. 1886 in Z.f.H. Bd. 37 S. 540).

V. **Vereinbarung eines späteren Zeitpunktes.** Unwirksam Dritten gegenüber ist nach §. 123 Abs. 3 die Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst nach Eintragung oder nach Geschäftsbeginn (auf beide Fälle bezieht sich Abs. 3; Denkschr. 89) ihren Anfang nehmen soll. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist eine derartige Vereinbarung giltig; die Eintragung der Gesellschaft ist allerdings nicht vor Eintritt jenes späteren Zeitpunktes (§. 106 Anm. II d), und die der Eintragung vorausgehende Anmeldung sogar nicht vor Beginn des Betriebes (§. 106 Anm. IV) zulässig.

II. Rechtsfähigkeit (§. 124).

§. 124.

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.

A.D.H. Art. 111 Abs. 1. **Entw. I** §. 112. **Entw. II** §. 122.

§. 124.

I. **Rechtsfähigkeit unter der Gesellschaftsfirma.**

a. **Rechtsfähigkeit.** Die Worte „kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“ sind aus Art. 111 A.D.H. beibehalten und sind als gleichbedeutend anzusehen mit „ist rechtsfähig“. Der in §§. 1, 21 B.G. vorausgesetzte Begriff der Rechtsfähigkeit hat keinen anderen Inhalt als die in §. 124 Abs. 1 einzeln aufgeführten Rechte. Zweifel könnten nur entstehen für das Gebiet des öffentlichen Rechts. Aber auch in dieser Hinsicht nehmen die offenen Handelsgesellschaften in wesentlichen Beziehungen die gleiche Stellung ein wie andere rechtsfähige Gesamtheiten (vgl. z. B. wegen ihrer selbständigen Staatsangehörigkeit §. 105 Anm. Ic), und wo Abweichungen vorkommen (z. B. bei der Besteuerung), erklärt sich dies nicht aus einem Mangel an Rechtsfähigkeit, sondern aus thatsächlichen Verschiedenheiten, die zwischen einzelnen Arten von Gesamtheiten nicht minder bestehen als zwischen einzelnen Arten von Menschen (wie z. B. ein Mann nicht Eigentümer von Vorbehaltsgut sein kann). Die offene Handelsgesellschaft ist indessen keine juristische Person im Sinne des B.G. (§. 105 Anm. Ic). — Nach Denkschr. 90 mußte die ausdrückliche Anerkennung der Zulässigkeit des „Klagens und Verklagtwerdens unter der Firma“ hier trotz der Bestimmungen in §. 17 Abs. 2, §. 6 Abs. 1 wiederholt werden, weil es sich hier nicht nur, wie beim Einzelkaufmann, darum handelte, ob unter der Firma, sondern auch darum, ob überhaupt ein Auftreten im Rechtsstreit zulässig sei. Hierdurch wird indessen nur die Wiederholung des „Klagen und Verklagtwerden“, nicht auch die Wiederholung des „unter ihrer Firma“ gerechtfertigt (unten Anm. Ib).

b. **Unter ihrer Firma.** Diese Worte entsprechen den im §. 17 Abs. 2 bezüglich des Kaufmanns überhaupt gebrauchten. Ihre Wiederholung an dieser Stelle wäre überflüssig (§. 6 Abs. 1), wenn nicht bezüglich des Einzelkaufmanns die Zulässigkeit der Eintragung seiner Firma im Grundbuch bestritten wäre. Nicht etwa wird der Firma einer offenen Handelsgesellschaft durch jene Worte eine Bedeutung verliehen, die von der Bedeutung der Firma eines Einzelkaufmanns abweicht. Rechte können von der offenen Handelsgesellschaft erworben und Verpflichtungen können von ihr eingegangen werden auch ohne daß im Einzelfall die Firma überhaupt oder die richtige Firma erwähnt wird (§. 17 Anm. IIIb, R.G. XXVIII, 120).

II. **Die einzelnen Anwendungsfälle.**

a. **Erwerb von Rechten und Eingehen von Verbindlichkeiten.** Unter Rechten sind sowohl Forderungs- wie Sachenrechte begriffen. Auch aus letztwilligen Verfügungen können Rechte erworben werden (ebenso Staub). Greift ein fremdes Handeln in den Rechtskreis einer offenen Handelsgesellschaft verletzend ein (z. B. durch Verletzung von Urheber- oder Firmenrechten), so erwirbt die Gesellschaft, nicht etwa jeder einzelne Gesellschafter als solcher, die hieraus folgenden Rechte. (Dies entspricht den für den umgekehrten Fall, die Haftung der Gesellschaft für Schadenszufügung durch die Gesellschafter, angenommenen Grundsätzen, §. 125 Anm. Id. Dagegen R.G. in Strfſ. XXIII, 349, welches jeden Gesellschafter als Verletzten ansieht.) Ebenso wie der Erwerb von Rechten ist selbstverständlich auch die Veräußerung oder das Aufgeben von solchen, ebenso wie die Eingehung von Verbindlichkeiten auch deren Lösung zulässig. — Aus der allgemeinen Fassung folgt nicht, daß eine offene Handelsgesellschaft nun auch jede Art von Rechten erwerben kann (oben Anm. Ia). — Über den Ausschluß der Aufrechnung zwischen Gesellschaftsforderung und Gesellschafterschuld sowie zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterforderung an Dritte vgl. §. 105 Anm. Ig 4.

b. **Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken.** Wie der Erwerb, ist auch die Veräußerung oder das Aufgeben zulässig. Als dingliches Recht kann z. B. ein Nießbrauchsrecht an einem Grundstück erworben werden (R.G. XVI, 2). Über den Gebrauch der Firma im Grundbuch s. §. 17 Anm. IIIe. Eine Auflassung wurde für nicht erforderlich erachtet (Johow VI, 67; vgl. auch VI, 64), wenn mehrere Miteigentümer das Grundstück in eine offene Handelsgesellschaft einlegen, bei der sie zu denselben Bruchteilen beteiligt sind, wie am Grundstück. Selbst dann wurde ein Eigentumswechsel als nicht vorhanden angesehen (R.G. XXX, 152), wenn die Einlegenden an Gewinn und Verlust der Gesellschaft zu anderen Bruchteilen beteiligt sind, als sie Miteigentümer waren; ein Miteigentum der Gesellschafter an den einzelnen Gesellschaftssachen sei ebensowenig wie ein Miteigentum an bestimmten Bruchteilen des Gesellschaftsvermögens (§. 105 Anm. Ig 2) vorhanden. — Zutreffender ist wohl die Annahme (und demgemäß §. 17 Anm. IIIe zu berichtigen), daß gerade weil kein Miteigentum der offenen Handelsgesellschafter an den Gesellschaftssachen und kein Eigentum zu bestimmten Bruchteilen am Gesellschaftsvermögen besteht, ein Eigentumswechsel in der That vorliegt (ebenso Johow XVII, 45, ausdrücklich abweichend von den früheren Entscheidungen des Reichsgerichts und Kammergerichts; ebenso auch Cosack S.548), zumal auch eine besondere Übertragungshandlung erforderlich ist (§. 111 Anm. Ia). Nur liegt allerdings kein Veräußerungsvertrag zu Grunde, wenn man unter „Veräußerung" ein verkaufähnliches Geschäft versteht (so R.G. XXX, 152, Johow VI, 67) und nicht vielmehr jede vertragliche Eigentumsübertragung (so Johow XVII, 48, B.G. §. 925). — Nähere Vorschriften enthielt bisher (zunächst für diejenigen Gebiete Preußens, in denen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft hatten) Art. 23 des Preuß. Einf.-Ges. v. 24. Juni 1861:

„Grundstücke, Gerechtigkeiten, dingliche Rechte und Hypothekenforderungen, welche zu dem Vermögen einer Handelsgesellschaft gehören, sei diese eine offene Gesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, oder eine Aktiengesellschaft, werden auf den Namen der Gesellschaft in das Hypothekenbuch eingetragen.

Hierbei gelten nachstehende Bestimmungen:

§. 1. Die Eintragung erfolgt ohne Benennung der einzelnen Gesellschafter; sie darf erst geschehen, wenn die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nachgewiesen ist. Bei der Eintragung ist die Firma der Gesellschaft und der Ort, wo sie ihren Sitz hat, anzugeben. Tritt in Bezug auf die Firma oder den Sitz der Gesellschaft eine Änderung ein, so ist diese im Hypothekenbuche zu vermerken.

§. 2. Soll eine Verfügung, welche im Namen der Gesellschaft über einen der im Eingange dieses Artikels bezeichneten Gegenstände erfolgt ist, in das Hypothekenbuch eingetragen werden, so genügt zur Feststellung der Befugnis desjenigen, welcher im Namen der Gesellschaft verfügt hat, der Nachweis aus dem Handelsregister, daß derselbe zu der Gesellschaft in einem Verhältnis gestanden hat, wodurch er nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs befugt war, in der geschehenen Art im Namen der Gesellschaft mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte zu verfügen.

§. 3. Die Nachweisungen aus dem Handelsregister werden durch Atteste des Handelsgerichts geliefert, welches das Handelsregister führt."

Jetzt bestimmt §. 33 Reichsgrundbuchordnung v. 24. März 1897 (R.G.Bl. 1898 S. 754):

„Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.

Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung."

Eine noch weitergehende Änderung oder Aufhebung des Art. 23 Preuß. Einf.-Ges. wird voraussichtlich in dem zu erwartenden Preußischen Ausführungsgesetz zum B.G. erfolgen.

c. **Klagen und verklagt werden vor Gericht.** Auch diese Bestimmung ist — wenn die in §. 124 Abs. 1 aufgeführten Beispiele überhaupt erschöpfend sein sollen — enger gefaßt als gemeint. Nicht nur auf dem Gebiete der streitigen, sondern auch auf dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Gesellschaft unter ihrer Firma auftreten. Der §. 50 Abs. 1 C.P.O. bestimmt: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist." Da die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig ist (oben Anm. I a), so ist sie auch parteifähig im Sinne der C.P.O. (R.G. XIV, 20; vgl. XII, 339). Über die Bedeutung der Firma als Parteibezeichnung im Rechtsstreit vgl. §. 17 Anm. III d. Tritt eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma als Partei auf, so brauchen die einzelnen Gesellschafter nicht genannt zu werden, und ein Wechsel in der Person der Gesellschafter während des Rechtsstreits bleibt für diesen und überhaupt in der Regel in Hinsicht auf das Verfahren unerheblich (R.O.H. IX, 17). Sind die einzelnen Gesellschafter genannt („Handelsgesellschaft B. & H., bestehend aus B. und H."), so werden sie hierdurch noch nicht zur Partei (R.G. XIII, 97). — Über die Wirkung des in einem Rechtsstreit der Gesellschaft ergangenen Urteils auf die Gesamthaftung der Gesellschafter vgl. §. 129, §. 128 Anm. III b. In dem Rechtsstreit der Gesellschaft kann der einzelne Gesellschafter, selbst der nicht vertretungsberechtigte, aus eigenem Recht intervenieren, da das in jenem Rechtsstreit ergehende Urteil auch ihm gegenüber Wirkungen

äußert (R.G. V, 70; vgl. R.G. XXXIV, 361). Treten für die Gesellschaft mehrere Vertreter auf, und geben sie einander widersprechende Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren, als wenn notwendige Streitgenossenschaft (C.P.O. §. 62) vorläge (R.G. XXXIV, 366). Wird die vorhandene Gesellschaft aufgelöst, so wird — wenn hierdurch, wie in der Regel, die Vertretungsbefugnis der bisherigen Vertreter sich ändert (R.G. XXXIV, 362; abweichend Staub) — das Verfahren unterbrochen (§. 241 C.P.O.), falls nicht eine Vertretung der Gesellschaft durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand (§. 246 C.P.O.); neue gesetzliche Vertreter sind dann die Liquidatoren oder — bei Auflösung durch Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen — der Konkursverwalter. Wird die Gesellschaft aufgelöst ohne daß Liquidation oder Konkurs eintritt, so finden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§. 158). Die sämtlichen Gesellschafter als Liquidatoren (§. 146) sind daher zur Aufnahme des Verfahrens berechtigt und können als neue Vertreter zur Aufnahme gezwungen werden. Ist kein ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so fällt durch Auflösung ohne Liquidation oder Konkurs die eine im Rechtsstreit befangene Partei überhaupt fort. Ob man in diesem Fall den §. 239 C.P.O. (Tod einer Partei) für entsprechend anwendbar und die Gesellschafter als Rechtsnachfolger ansieht, oder ob man in diesem Fall eine Aufnahme für ausgeschlossen erklärt, hängt davon ab, ob man — was wohl mit Maßgaben bezüglich der Schuldenhaftung zutreffend — zugestehen will, daß in solchem Fall die Gesellschafter Rechtsnachfolger der Gesellschaft sind (vgl. Johow XIV, 56), oder nicht. (Das R.G. XXXV, 389 will — anscheinend ohne Unterbrechung und Aufnahme — die Gesellschafter als Streitgenossen an die Stelle der Gesellschaft treten lassen, was mit §§. 128, 129 H.G.B. nicht vereinbar erscheint. Abweichend Staub.). Wird bei Auflösung oder auch ohne Auflösung die eingeklagte Gesellschaftsforderung oder Gesellschaftsschuld von einer einzelnen Person oder von einer neuen Gesellschaft übernommen, so sind diese Person oder die neue Gesellschaft Rechtsnachfolger (R.O.H. XIV, 5, R.G. XXXV, 389) und können nur als solche am Rechtsstreit teilnehmen (C.P.O. §. 265; vgl. Bolze Bd. 12 Nr. 505). — Nach R.G. XXXII, 399 können in einem Rechtsstreit der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft auch die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als Zeugen vernommen werden, weil sie Partei seien. Ebenso nach R.G. XVII, 365, XXXV, 389 nicht die Gesellschafter einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, die nicht Liquidatoren sind. Diese Entscheidungen erscheinen nicht haltbar. Wären sie richtig, so würde dies dazu führen, daß der nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter überhaupt nicht gehört werden kann, weder als Zeuge, noch (da ihm kein Eid zugeschoben oder auferlegt werden kann; Anm. II d) als Partei. Die Entscheidung tritt auch in Widerspruch (dagegen Staub) zu den oben angeführten anderen Entscheidungen, nach denen jeder Gesellschafter im eigenen Namen bei einem Rechtsstreit der Gesellschaft intervenieren kann; nur wer nicht Partei ist, hat ein Recht zur Intervention. — Der §. 171 Abs. 3 C.P.O. bestimmt: „Bei mehreren gesetzlichen Vertretern sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben." Den Vorzug verdient die Auslegung, wonach dies auch auf den Fall der Gesamtvertretungsmacht der mehreren Vertreter Anwendung findet.

d. **Eidesleistung.** Denkschr. 92: „Ob und inwieweit auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter die für gesetzliche Vertreter geltenden Vorschriften anwendbar sind, kann, wie bisher, der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben. Von praktischer Bedeutung ist hierbei hauptsächlich die Frage, wer in Prozessen der Gesellschaft die Parteieide zu leisten hat; diese Frage hat das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung dahin beantwortet, daß nur die

vertretungsberechtigten Gesellschafter zu schwören haben (C.P.O. v. 1898, §§. 473, 474, 477), und es liegt kein Grund vor, dem entgegenzutreten." — Über die Eigenschaft der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft als „gesetzlicher Vertreter" im Sinne der C.P.O. vgl. §. 125 Anm. I c. Ein der Gesellschaft zugeschobener Eid ist nach §. 474 Satz 1, §. 472 C.P.O. von allen Gesellschaftern zu leisten, welche zur Zeit der Eidesleistung von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen sind, also auch von den erst nach Beginn des Rechtsstreits in die Gesellschaft eingetretenen, und nicht auch von den vor der Eidesleistung ausgeschiedenen Gesellschaftern (R.G. XIV, 20; ebenso R.O.H. IX, 18, XVI, 396, XX, 181, XXI, 344, R.G. v. 3. Mai 1898 J.W. S. 420). Während der Liquidation haben die Liquidatoren und nur diese den Eid zu leisten (R.O.H. XXI, 344, 391, R.G. XVII, 369). Alle vertretungsberechtigten Gesellschafter (bezw. Liquidatoren) haben den Eid zu leisten, auch wenn sie einzelvertretungsberechtigt sind (§. 474 Satz 1 C.P.O.; vgl. R.O.H. XIV, 171, XXIII, 312). Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten (§. 474 Satz 2 C.P.O.). Bei verschiedenem Verhalten der mehreren Eidespflichtigen gegenüber dem Eide entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (§. 474 Satz 1, §. 474 Abs. 2 C.P.O.). — Was nach §. 473 C.P.O. vom Parteieid gilt, findet nach §. 477 Abs. 1 C.P.O. auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

e. **Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen.** Der §. 736 C.P.O. bestimmt: „Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach §. 705 B.G. eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich." Diese Bestimmung ist nach §. 124 Abs. 2 H.G.B. nicht auch anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft, da sie — abweichend von der gewöhnlichen Gesellschaft des §. 705 B.G. — selbständige Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit besitzt. Eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft ist mithin nicht auch zulässig auf Grund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels; das Gesellschaftsvermögen ist dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger selbst dann entzogen, wenn für die Schuld alle Gesellschafter haften (Denkschr. 90). Über die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter bestimmt §. 129 Abs. 4. Über die Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber eines Handelsgeschäfts wegen der vor dem Erwerbe rechtskräftig festgestellten Forderungen s. C.P.O. §. 729.

f. **Gesellschaftskonkurs.** Die K.O. bestimmt:

§. 209. „Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt. Über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet das Konkursverfahren auch im Falle der Überschuldung statt.

Die Vorschrift des §. 207 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung."

§. 207 Abs. 2. „Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist."

§. 210. „Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn bei der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft die Zahlungsunfähigkeit, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung glaub-

haft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder die Liquidatoren nach Maßgabe des §. 105 Abs. 2, 3 zu hören."

§. 211. „Ein Zwangsvergleich kann nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter." (Nicht auch die Haftung der bei Konkurseröffnung schon ausgeschiedenen früheren Gesellschafter; R.G. XXIX, 40, vgl. §. 129 Anm. Ia.)

§. 212. „In dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger, wenn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung nur wegen desjenigen Betrags suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erhalten.

Bei den Verteilungen sind die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im übrigen finden auf die bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§. 64, 96 entsprechende Anwendung."

§. 64. „Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist."

§. 96. „Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres mutmaßlichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt."

Die Möglichkeit eines selbständigen Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen besteht nicht auch für die Gesellschaft des B.G. Die Bedeutung des „selbständigen" Konkursverfahrens besteht darin, daß in demselben nur die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung suchen können (Denkschr. 96).

Über die Einwirkung des Gesellschaftskonkurses auf die Gesamthaftung der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft vgl. §. 129 Anm. IId. Über die Fortdauer eines Teiles der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft trotz Auflösung durch den Gesellschaftskonkurs vgl. §. 131 Anm. II.

Die Denkschr. 96 bemerkt: „Über sonstige Fragen, die sich in Bezug auf den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft erheben lassen, bedarf es keiner neuen gesetzlichen Vorschriften. Insbesondere kann die Frage, **ob auch Ansprüche von Gesellschaftern** auf rückständigen Gewinn **im Konkurse der Gesellschaft geltend gemacht werden können,** der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechnng überlassen bleiben." Die Anmeldung von Ansprüchen der Gesellschafter an die Gesellschaft ist jedenfalls zuzulassen soweit der angemeldete Anspruch die Eigenschaft eines Gläubigerrechts hat, also in den Fällen §. 128 Anm. IIa 3 und 4. Aber auch der Anspruch auf die zulässigen Entnahmen (§. 128 Anm. IIa 2) darf an sich durch Anmeldung geltend gemacht werden (R.O.H. XXV, 206 ohne Beschränkung: „die Geldforderungen und Schulden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern"), denn der Gesellschaft gegenüber kommt der Gesichtspunkt einer unzulässigen Forderung auf Einlageerhöhung nicht in Betracht, im Verhältnis zur Gesellschaft steht daher der Fall §. 128 Anm. IIa zu 2 denen zu 3 und 4 an sich gleich. Dennoch ist

bezüglich des Anspruchs auf Entnahme eine Beschränkung zu machen. Der §. 122 giebt dem Gesellschafter nur ein Recht, das Verlangen auf Entnahme zu stellen. Ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe ist aber erworben (begründet), erst wenn dies Verlangen wirklich gestellt ist. Daher kann im Gesellschaftskonkurse der Entnahmeanspruch nicht angemeldet werden soweit zur Zeit der Konkurseröffnung das Verlangen auf Auszahlung noch nicht gestellt war (K.O. §. 3 Abs. 1), wohl aber soweit dies bereits geschehen war. Staub will auch im letzteren Fall die Anmeldung nicht zulassen, denn die Entnahmen seien „nur ein aus Billigkeitsgründen gewährter Vorschuß auf möglichen Endgewinn, für dessen Gewährung aber die bestehende und in ihrer Produktivität nicht gehemmte Gesellschaft vorausgesetzt wird." Wird nur das Verlangen auf Auszahlung während bestehender Gesellschaft gestellt, so muß dies genügen, zumal der Anspruch auf den Gewinnanteil übertragbar ist, der bei Konkurseröffnung Berechtigte also nicht einmal ein Gesellschafter zu sein braucht. Den Gesellschaftsgläubigern wird nicht zu nahe getreten, denn ihnen bleibt der Anspruch in den Privatkonkursen, und eine Übertragung des Gewinnanteils kann im Privatkonkurse anfechtbar sein.

III. Vertretung (§§. 125—127).

§. 125.

Vertretung der Gesellschaft.

Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesammtvertretung). Die zur Gesammtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesammtvertretung oder eine gemäß Abs. 3 Satz 1 getroffene Bestimmung sowie jede Aenderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. Art. 115, 86 Abs. 2 Ziff. 4. **Entw. I** §. 113. **Entw. II** §. 123.

§. 125.

I. **Vertretung.**

a. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die allgemeinen Bestimmungen des B.G. über Vertretung (abgedruckt hinter §. 58 H.G.B.) kommen auch auf die Vertretung der Gesellschaft durch den offenen Gesellschafter zur Anwendung. Hieraus ergiebt sich namentlich auch der Grundsatz, daß die von dem Vertretungsberechtigten innerhalb seiner Vertretungsmacht und namens der Gesellschaft abgegebene Erklärung un=

mittelbar für und gegen die Gesellschaft wirkt (§. 164 B.G., Denkschr. 92. Bisher Art. 114 Abs. 2 A.D.H.). — Der §. 714 B.G. bestimmt: „Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten." Der offene Handelsgesellschafter ist überhaupt nicht berechtigt, die anderen Gesellschafter zu vertreten (§. 126 Anm. Id). Aber auch auf die Vertretung der Gesellschaft ist B.G. §. 714 nicht entsprechend anwendbar, weil ihm die Voraussetzung zu Grunde liegt, daß als gesetzliche Regel nur Gesamtgeschäftsführung stattfindet, was für die offene Handelsgesellschaft während ihres Bestehens nicht zutrifft (§. 115). Abweichend für die Zeit der Liquidation (§. 156 Anm. II 3).

b. **Namens der Gesellschaft** muß die Willenserklärung erfolgen, um für sie wirksam zu sein. Es macht indessen keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen der Gesellschaft erfolgt, oder ob nur die Umstände ergeben, daß sie in deren Namen erfolgen soll (B.G. §. 164 Abs. 1 Satz 2). Ein solches Prüfen der begleitenden Umstände wird namentlich dann erforderlich, wenn der Name des vertretungsberechtigten Gesellschafters und die Firma der Gesellschaft übereinstimmen (R.G. XVII, 75). Steht der Wille, namens der Gesellschaft und mit ihr einen Vertrag zu schließen, fest, so ist — abgesehen von den strengeren für das Wechselrecht angenommenen Grundsätzen — eine ungenaue oder irrige Bezeichnung derselben, insbesondere der Gebrauch einer ungenauen Firma, ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Vertrages und seine Verbindlichkeit für die Gesellschaft (§. 17 Anm. IIIb, R.G. XXVIII, 120). Immerhin muß sowohl der vertragschließende Gesellschafter, wie auch der Dritte den Willen haben, daß der Vertrag für die Gesellschaft geschlossen werde, da es sonst an der erforderlichen Einigung über die Person des einen Vertragschließenden fehlen würde (R.O.H. XVI, 357). An dieser Willenseinigung fehlt es nicht, wenn der Gesellschafter für die Gesellschaft vertragschließen wollte, und der Vertragsgegner (wenn auch ohne Kenntnis von dem Bestehen einer Gesellschaft) — wie dies bei Kaufleuten als Regel anzunehmen — den Willen hatte, mit dem wirklichen Inhaber des Geschäfts, gleichviel wer dies sei, ob ein einzelner oder eine Gesellschaft, vertragzuschließen (R.G. XXX, 78). Nur wenn nachgewiesen werden kann, daß ausnahmsweise der Vertragsgegner gerade mit der ihm gegenüberstehenden Person vertragschließen wollte, ist anwendbar §. 164 Abs. 2 B.G.: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Dafür, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter für die Gesellschaft und nicht für sich handele, besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, selbst nicht insoweit das Verbot des Eigenhandels entgegensteht (R.O.H. XVIII, 227); ebenso — soweit nicht §. 164 Abs. 2 B.G. eingreift — keine überwiegende Vermutung für das Gegenteil (R.O.H. XXII, 62).

c. **Ist der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gesetzlicher Vertreter?** Das B.G. unterscheidet 1. durch Rechtsgeschäft ermächtigte Vertreter (= Bevollmächtigte, §. 166 Abs. 2 B.G.), 2. gesetzliche Vertreter (z. B. Vater, Mutter, Vormund, Pfleger), 3. Personen in der „Stellung eines gesetzlichen Vertreters". Zu den letzteren wird gerechnet der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (§. 26 Abs. 2 B.G.) und einer Stiftung (§. 86 B.G.). Die Denkschr. 92 bemerkt: „Ob und inwieweit auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter die für gesetzliche Vertreter geltenden Vorschriften anwendbar sind, kann, wie bisher, der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben." Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft erhalten ihre Vertretungsmacht nicht unmittelbar aus dem Gesetz (wie Vater und Mutter) oder durch Handlung der Staatsgewalt (wie Vormund und Pfleger), sondern aus privater, in der Abschließung des Gesellschaftsvertrages liegender Übertragung der

Vertretungsbefugnis (R.G. X, 302, dagegen R.G. XV, 131). Eine gleiche private Übertragung liegt aber auch in der Wahl zum Vorstandsmitglied eines rechtsfähigen Vereins. Man wird daher anzunehmen haben, daß die beiden letzteren Fälle in der hier fraglichen Beziehung gleich liegen, daß mithin auch der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ ist. Die Personen „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ unterscheiden sich von „Bevollmächtigten“ dadurch, daß bei ersteren (ebenso wie in den gewöhnlichen Fällen gesetzlicher Vertretung) der Vertretene nicht selbständig nach außen auftreten könnte, mithin für die thatsächliche Benutzung seiner Rechtsfähigkeit eines Vertreters bedarf, während der Bevollmächtigende auch selbst handelnd auftreten könnte. — Die C.P.O. faßt unter der Bezeichnung „gesetzlicher Vertreter“ die beiden oben zu 2 und 3 genannten Arten zusammen. Begriffsbestimmung in C.P.O. §. 51: „die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter)“. Für das Anwendungsgebiet der C.P.O. ist daher der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft „gesetzlicher Vertreter“. Vgl. §. 124 Anm. IId.

d. **Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Verschulden und für widerrechtliche Schadenszufügung eines Gesellschafters.** Maßgebend sind die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts (P. 4518, 4528, R.O.H. XIX, 202, R.G. X, 302). Die Denkschr. 93 bemerkt: „Die Frage, inwieweit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich ist, den ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, hat durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden.“ Nach dem in Anm. Ic Bemerkten wird anzunehmen sein, daß dasjenige gilt, was für Personen „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ bestimmt ist. Insoweit für diese keine Sonderbestimmungen im B.G. gegeben sind, müssen die diesbezüglichen Vorschriften über gesetzliche Vertreter entsprechend zur Anwendung gebracht werden.

Hiernach hat die offene Handelsgesellschaft ein Verschulden des vertretungsberechtigten Gesellschafters in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden (§. 278 B.G., abgedruckt vor §. 84 H.G.B., Bolze Bd. 1 Nr. 960; die Tragweite des §. 278 B.G. ist jedoch, da er einen „Schuldner“ als bereits vorhanden voraussetzt, auf ein Verschulden bei Erfüllung von Verbindlichkeiten zu beschränken; Planck, B.G. Anm. 1 zu §. 278 und Eck gegen Rümelin). Bei widerrechtlicher Schadenszufügung findet der §. 831 B.G. (abgedruckt vor §. 84 H.G.B.) auf die Haftung der Gesellschaft für die Handlung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters (ohne Rücksicht auf etwaige Vertretungsberechtigung) Anwendung, denn durch die Verleihung der Geschäftsführungsbefugnis „bestellt“ die Gesellschaft „einen anderen“ (den Gesellschafter) „zu einer Verrichtung“. Bei widerrechtlicher Schadenszufügung durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter (ohne Rücksicht auf etwaige Geschäftsführungsbefugnis) ist entsprechend anwendbar der eine strengere Haftung aussprechende §. 31 B.G., welcher (wie auch durch die Verweisung auf ihn in §. 86 für Stiftungen und in §. 89 Abs. 1 für öffentlichrechtliche Körperschaften bekräftigt wird) eine allgemeine Bestimmung für Personen „in der Stellung gesetzlicher Vertreter“ enthält:

> „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.“

Dem entspricht auch die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts (R.G. XV, 121, XVII, 93, XX, 190, XXXII, 35), welches namentlich hervorhebt (R.G. XV,

130, XX, 196), es sei unzutreffend, daraus, daß eine Handlung in widerrechtlicher Absicht unternommen sei, zu folgern, daß sie deshalb nicht dem Geschäftskreise der Gesellschaft angehören könne. So bei Betrug unter Benutzung der Firma (R.G. XVII, 95, XX, 195), Schädigung fremden Kredits durch falsche Behauptungen (R.G. v. 29. Juni 1896 Z.f.H. Bd. 46 S. 508), Verletzung fremder Urheber- oder Firmenrechte durch den Geschäftsbetrieb (R.G. XV, 125). Ebenso bei Sachbeschädigung infolge fehlerhafter Ausführung eines Baues (R.G. XXXII, 35) und bei Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetz (R.G. XV, 54), selbst wenn die Beschädigung nur fahrlässig herbeigeführt ist. Zulässig ist auch eine Klage gegen die Gesellschaft auf Unterlassung der Fortsetzung der Störung oder auf Beseitigung des eine solche Störung enthaltenden Zustandes, wenn die Störung durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen (d. h. im Geschäftsbetriebe) herbeigeführt ist (R.G. XV, 128).

II. **Einzelvertretung.**

a. **Vertretungsmacht.** Vertretungsmacht ist die gegenüber Dritten, Geschäftsführungsbefugnis die gegenüber den übrigen Gesellschaftern bestehende Befugnis zu Handlungen für die Gesellschaft (§. 114 Anm. I). Eine gegenüber den Gesellschaftern bestehende Befugnis zur Ausübung der Vertretungsmacht ist ein Zweig der Geschäftsführungsbefugnis. Geschäftsführung und Vertretung stehen nicht in dem Sinne in Gegensatz, daß in der Vornahme nicht rechtsgeschäftlicher Geschäftsführungshandlungen ausschließlich eine Geschäftsführung, nicht auch eine Vertretung liegen könnte (R.G. XV, 131). Als Regel steht jedem einzelnen Gesellschafter die Vertretungsmacht zu. [Hiervon abweichend §. 714 B.G.] Die Ausnahme, daß er von der Vertretung ausgeschlossen (oder daß die Vertretungsmacht beschränkt) sei, ist (soweit §. 15 nicht eingreift) von demjenigen, der das Vorliegen dieser Ausnahme behauptet, zu beweisen (R.O.H. XIX, 318. „Wenn" ist nur durch „er" von „nicht" getrennt. Planck, B.G. Vorbemerkung V, 6 zu Buch I).

b. **Art der Zeichnung.** Das Gesetz enthält nicht (wie bezüglich der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, §§. 51, 57) bestimmte Vorschriften über die Art, wie der vertretende Gesellschafter bei Abgabe schriftlicher Erklärungen für die Gesellschaft zeichnen soll. (Der §. 108 Abs. 2 bestimmt nur darüber, welche Zeichnungen zum Zweck der Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind). Üblich ist, daß der vertretende Gesellschafter nur die Firma, nicht auch außerdem seinen Namen zeichnet. Zulässig ist aber auch die letztere Art der Zeichnung, und bei Gesamtvertretung (unten Anm. III) üblich. (Dagegen, daß diese Art der Zeichnung vorgeschrieben werden könne, Str. Bd. 73 S. 344. Umgekehrt, daß gerade diese Art den Vorschriften des A.D.H. entspreche, Johow XIII, 171. Nicht ebendahin zu verstehen ist das bei Johow hierfür angeführte R.O.H. V, 266). Überhaupt nicht der Gebrauch der Firma (§. 124 Anm. Ib, §. 17 Anm. IIIb), geschweige denn eine bestimmte Form ihrer Zeichnung, ist für Rechtshandlungen namens der Gesellschaft notwendig, wenn nur anderweit feststeht, daß für die Gesellschaft gehandelt ist.

III. **Gesamtvertretung durch Gesellschafter.**

a. **Das Anordnen einer Gesamtvertretung** enthält eine Beschränkung des der Regel nach (§. 125 Abs. 1) bestehenden Rechts zur Einzelvertretung. Die Anordnung kann daher in der Regel (Ausnahme: §. 127) nur mit Zustimmung aller Gesellschafter getroffen werden, mithin nur durch „Gesellschaftsvertrag", d. h. (§. 109 Anm. II) in dem ursprünglichen Vertrage oder einer späteren vertraglichen Festsetzung. Die Anordnung muß so beschaffen sein, daß sie für Dritte als Anordnung einer Gesamtvertretung erkennbar ist; eine solche Anordnung einer Gesamtvertretung ist in genügend klarer Weise erklärt durch die Anordnung einer Gesamtzeichnung (R.G. XXIV, 28, XXXIV,

56). — Zulässig ist als Regel nur, daß der einzelne Gesellschafter entweder allgemein Einzelvertreter oder allgemein Gesamtvertreter ist. Dennoch kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß ein Gesellschafter zwar allgemein Gesamtvertreter, einer einzelnen bestimmten Person gegenüber aber Einzelvertreter sein solle (R.G. XXIV, 28. Der §. 126 Abs. 2 greift nicht ein, da er sich nur auf den Umfang der Vertretungsmacht, nicht auf die Vertretungsmacht überhaupt bezieht).

b. **Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle.** Der §. 181 B.G. bestimmt: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht." Hierin ist wohl nicht ein Verbot zu finden, als einer von mehreren Gesamtbevollmächtigten mit sich allein ein Rechtsgeschäft zu schließen (§. 48 Anm. IV). Der Satz 2 §. 125 Abs. 2 ist daher aufzufassen als eine Beschränkung der an sich unbeschränkten Befugnis hierzu. (Denkschr. 91 scheint umgekehrt eher zu der Annahme zu neigen, daß an sich ein allgemeines Verbot besteht und Satz 2 §. 125 Abs. 2 eine ausnahmsweise Berechtigung feststelle.) Hiernach ist bei gesamtvertretenden Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft nicht eine allgemeine Übertragung der Vertretungsmacht auf einen einzelnen von ihnen zulässig, sondern nur eine Übertragung bezüglich einzelner bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften (vgl. §. 54 Anm. I c β und γ, R.G. XXIV, 28). So ist z. B. zulässig die Gesamtermächtigung eines einzelnen Gesamtvertreters zur Ausstellung von Quittungen über den Empfang von Zahlungen und Postsendungen (Denkschr. 91). Unbeschränkt zulässig ist die Gesamtermächtigung eines Dritten, sei es nun die Erteilung einer Prokura, einer Handlungsvollmacht (auch zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes, §. 54 Anm I c α) oder einer gewöhnlichen Vollmacht. Die aus Satz 2 §. 125 Abs. 2 zu entnehmende Beschränkung wird möglichst eng auszulegen sein, da sie vom Gesetzgeber nicht als Beschränkung beabsichtigt war, und da ferner auch kein sachlicher Grund einzusehen ist, warum in der Erteilung der Gesamtvertretungsmacht zwar die Übertragung des Rechts liegen soll, einem einzelnen (von dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht gar nicht auf seine Vertrauenswürdigkeit geprüften) Dritten unbeschränkt Vollmacht zu erteilen, warum aber die Erteilung einer gleich unbeschränkten Vollmacht an einen der Gesamtvertreter (welche dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht doch mindestens bis zu gewissem Grade vertrauenswürdig erschienen sind) ausgeschlossen sein soll. Auch in letzterem Falle tragen doch gegenüber dem Erteiler der Gesamtvertretungsmacht alle Gesamtvertreter die Verantwortung für ihre Handlung! — Nach Denkschr. 92 sind die Gesamtvertreter „auf Grund der Vorschrift des §. 125 Abs. 2 Satz 2 in der Lage, einen aus ihrer Mitte zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften derart zu ermächtigen, daß der betreffende Gesellschafter seine Befugnis nur in Gemeinschaft mit einem Handlungsbevollmächtigten ausüben kann." Auch hier entspricht die Beschränkung auf „bestimmte Arten von Geschäften" dem Wortlaut des Gesetzes (denn der Umfang der Vollmacht des weniger umfangreich Bevollmächtigten — hier des Gesellschafters! — muß entscheiden), ist aber sachlich gewiß nicht gerechtfertigt. Was nach Vorstehendem von der Erteilung einer Gesamtvollmacht seitens der Gesamtvertreter (anders nach §. 125 Abs. 3 bei unmittelbarer Erteilung durch den Erteiler der Gesamtvertretungsmacht) an einen einzelnen Gesamtvertreter und einen Handlungsbevollmächtigten zu gelten hat, gilt auch bei einer solchen Erteilung an einen einzelnen Gesamtvertreter und einen Prokuristen.

c. **Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft.** Sowohl Vertragserklärungen wie einseitige Erklärungen sind einbegriffen. Die Abgabe gegenüber einem der Gesamtvertreter genügt (§. 125 Abs. 2 Satz 3). Entsprechend allgemein

für den Vereinsvorstand B.G. §. 28 Abs. 2. Ebenso für den Sonderfall der Zustellungen im Civilprozeß C.P.O. §. 171 Abs. 3.

d. **Abgabe von Willenserklärungen seitens der Gesellschaft. Art der Zeichnung.** Wesentlich ist nur, daß bei Abgabe der Erklärung die Gesamtvertreter zusammenwirken. Die nähere Form des Zusammenwirkens ist unerheblich. Handelt zunächst nur einer der Gesamtvertreter, so kommen für die erforderliche Zustimmung der übrigen Gesamtvertreter nicht etwa §§. 182—184 B.G. zur Anwendung (denn die übrigen Gesamtvertreter sind nicht „Dritte" im Sinn des §. 182 B.G.); daher genügt nicht, daß gegenüber dem handelnden Gesamtvertreter eine etwaige Genehmigung der übrigen Gesamtvertreter erklärt wird, vielmehr muß eine (wenn auch möglicherweise stillschweigende) Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgen (R.G. XL, 18). Erklären jedoch alle Gesellschafter eine Genehmigung, so steht dies einer Genehmigung seitens der Gesellschaft selbst gleich; auf eine solche kommen §§. 182—184 B.G. zur Anwendung, da die vertretene Gesellschaft im Verhältnis zu ihren Gesamtvertretern eine „Dritte" ist; daher genügt es, wenn eine solche Genehmigung auch nur gegenüber dem einzelnen handelnden Gesamtvertreter erklärt wird (R.G. XL, 19). Soll die Erklärung durch Unterschriftszeichnung abgegeben werden, so muß — soweit es auf Einhaltung der Form überhaupt ankommt (§. 51 Anm. II) — die Mitwirkung aller Gesamtvertreter bei der Unterschriftszeichnung äußerlich erkennbar sein. Üblich ist, daß einer der Gesamtvertreter die Firma und darunter seinen Namen zeichnet, die übrigen Gesamtvertreter ihre Namen gleichfalls unter die Firma setzen. Es wäre jedoch z. B. auch zulässig, daß jeder Gesamtvertreter nur mit der Firma ohne Zusatz seines Namens unterschreibt. (Nicht zu billigen ist die Entscheidung Str. Bd. 73 S. 344, nach welcher es unzulässig sein soll, auch bezüglich der Firmenzeichnung die äußerliche Erkennbarkeit des Mitwirkens mehrerer Gesellschafter vorzuschreiben). Über die Zulässigkeit eines Stempelvordrucks der Firma und Unterzeichnung durch jeden Gesamtvertreter mit seinem Namen vgl. §. 51 Anm. II.

e. **Widerruf der Beschränkung auf Gesamtvertretung.** Wird die Beschränkung, daß die Vertretungsmacht nur als Gesamtvertretungsmacht bestehen solle, widerrufen, so daß also Einzelvertretungsmacht der betreffenden Gesellschafter oder des betreffenden Gesellschafters wiedereintritt, so muß auch ohne Eintragung und Bekanntmachung dieser Änderung die Gesellschaft — da ihr §. 15 Abs. 1 nicht zu gut kommt, und der Fall des §. 15 Abs. 2 („die" = „die richtige" Thatsache; §. 15 Anm. III A b) nicht vorliegt — die Änderung gegen sich gelten lassen. Ein solcher Widerruf kann liegen schon in dem fortgesetzten wissentlichen Geschehenlassen des Alleinauftretens und der unvermittelten (nicht durch Genehmigung der Mitvertreter vermittelten oder als genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag erscheinenden) Übernahme der Ergebnisse dieses Alleinauftretens durch die Gesellschaft, zumal wenn eine dauernde Einrichtung getroffen ist, welche die Erfüllung der vom einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaft geschlossenen Geschäfte aus Gesellschaftsmitteln voraussetzt (R.G. V, 17). Hat der Widerruf in Wahrheit nicht stattgefunden, so muß der Dritte das Bestehen einer Gesamtvertretung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er dies Bestehen weder kannte noch kennen mußte (§. 15 Abs. 2); die bloße Erregung des Anscheins eines Widerrufs kann höchstens eine Schadensersatzpflicht begründen (weitergehend nach bisherigem Recht R.G. V, 17).

IV. **Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen.**

a. **Im Gesellschaftsvertrage** d. h. im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder in einem späteren Vertrage aller Gesellschafter (§. 109 Anm. II). Anders, wenn die Anordnung nur auf einer teilweisen Weiterübertragung der Vollmacht seitens gesamtvertretender Gesellschafter beruht (oben Anm. III b).

b. **Mit einem Prokuristen.** In Denkschr. 92 heißt es: „Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, durch welche die Vertretung der Gesellschaft einem Gesellschafter zusammen mit einem Handlungsbevollmächtigten übertragen wird, ist nach dem Entwurf unzulässig. Da die Handlungsvollmacht einen gesetzlich fest bestimmten Inhalt nicht hat, würde in einem solchen Falle das Handelsregister über den Umfang der Vertretungsbefugnis keinen Aufschluß geben." (Anders bei Gesamtbevollmächtigung eines Gesellschafters und eines Handlungsbevollmächtigten durch die gesamtvertretenden Gesellschafter; oben Anm. III b). Die in dem vorstehend angeführten zweiten Satz der Denkschrift gegebene Begründung erscheint nicht ganz zutreffend. Die Handlungsvollmacht kann an sich zwar dreierlei verschiedenen Inhalt haben (§. 54 Anm. I c); würde aber einem Handlungsbevollmächtigten in Gemeinschaft mit einem Gesellschafter die Gesamtvertretung übertragen, so könnte dies nur bedeuten, daß der Handlungsbevollmächtigte zum Betriebe eines Handelsgewerbes bevollmächtigt ist; dies vorausgesetzt wäre jedoch der gesetzliche Umfang der Vollmacht durch §. 54 Abs. 1 in durchaus entsprechender Weise festgelegt, wie der gesetzliche Umfang einer Prokura durch §. 49 Abs. 1. Der einzige Unterschied würde darin bestehen, daß der Umfang der Prokura unbeschränkbar gegenüber Dritten ist (§. 50 Abs. 1), während Beschränkungen der Handlungsvollmacht zulässig sind (§. 54 Anm. II a); und dies ist wohl auch nur in dem obigen zweiten Satz der Denkschrift gemeint. Ob dieser Unterschied genügt, um — aus allgemeinen Gründen, zunächst von der Fassung des Gesetzes abgesehen — eine solche Gestaltung auszuschließen, ist zu bezweifeln, zumal durch §. 54 Abs. 3 dem Unterschiede alles praktisch Bedenkliche genommen wird. Auch wäre anderenfalls recht unbefriedigend das Ergebnis, daß durch Handlung nur der gesamtvertretenden Gesellschafter eine Gestaltung der Vertretungsmacht (allerdings mit Beschränkung auf bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften, oben Anm. III b) herbeigeführt werden könnte, zu deren Herbeiführung alle Gesellschafter (wenn keine Gesamtvertretung besteht) nicht zuständig sein sollen. Wenn die Eintragung einer Ausschließung der gesamten Vertretungsmacht zulässig (und gleichzeitig vereinbar mit Erteilung einer Handlungsvollmacht an den Ausgeschlossenen) ist, so ist kein zureichender Grund anzuerkennen, warum die etwas geminderte Ausschließung durch Eintragung einer Gesamtvertretungsberechtigung mit einem Handlungsbevollmächtigten unzulässig sein sollte. Die Entscheidung der Frage wird daher allein von der Fassung des Gesetzes abhängen. Im Gesetz selbst ist aber die Ausschließung einer Gesamtbevollmächtigung eines Gesellschafters und eines Handlungsbevollmächtigten nicht erfolgt. Wenn dort nur zwei Arten von Gesamtbevollmächtigungen genannt sind, so ist die Möglichkeit einer dritten dadurch nicht verneint. [Vgl. eine vierte Form der Vertretungsermächtigung in R.G. XXIV, 28, oben Anm. II a.] Nicht etwa ist aus §. 126 Abs. 2 etwas zu folgern, denn §. 125 Abs. 2 und 3 sind nicht Ausnahmen von §. 126 Abs. 2, der §. 125 behandelt Beschränkungen der Vertretungsmacht überhaupt, nicht des Umfanges der Vertretungsmacht. — Ein Beispiel der Übertragung einer Gesamtvertretung an Vorstandsmitglieder und Handlungsbevollmächtigte einer A.G. s. in Johow XVII, 12.

c. **Inhalt der Anordnung.** Der §. 125 Abs. 3 spricht nur von einer Anordnung, „daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen." Nach dem sonstigen Sprachgebrauch im H.G.B. ist von den Worten „die Gesellschafter" unmittelbar auch das „einer der Gesellschafter" als umfaßt anzusehen. Mithin ist nach §. 125 Abs. 3 auch die Anordnung zulässig, daß von zwei gesamtvertretenden Gesellschaftern A und B, wenn sie nicht zusammenhandeln, A in Gemeinschaft mit dem Prokuristen C, nicht aber auch B in Gemeinschaft mit C ver-

tretungsberechtigt sein solle. Umgekehrt schließt auch das „mit einem Prokuristen" nicht eine Mehrheit von Prokuristen aus, so daß sowohl vorgeschrieben werden kann, A müsse mit dem Prokuristen C und D zeichnen, wie auch A könne mit C oder D zeichnen. Auch ist es nicht nötig, im Vertrage den Prokuristen zu nennen, es genügt vielmehr die Bestimmung, daß in Gemeinschaft mit „einem" Prokuristen Vertretungsmacht vorhanden sein solle. Der Zwischensatz „wenn nicht mehrere zusammen handeln" sollte, soweit erkennbar, keine Beschränkung aussprechen. Die Fassung ist indessen keine glückliche. Hält man sich genau an den Wortlaut, so würde §. 125 Abs. 3 nur für den Fall Bestimmung treffen, daß eine Gesamtvertretung durch mehrere Gesellschafter angeordnet ist (denn sonst läge gar keine Veranlassung dafür vor, daß „mehrere zusammen handeln"). Der Sinn würde dann sein, daß bestimmt werden könne: „A und B sollen gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter, außerdem A oder B jeder zusammen mit dem Prokuristen C gesamtvertretungsberechtigt sein; wollen A und B in einem einzelnen Falle einmal nicht zusammen handeln, so kann A mit C oder B mit C handeln." Indessen wird nicht angenommen werden können, es sollte ausgeschlossen werden, daß im Gesellschaftsvertrage ohne Anordnung einer Gesamtvertretung durch mehrere Gesellschafter beispielsweise einfach bestimmt werde: „der Gesellschafter B ist nicht vertretungsberechtigt, der Gesellschafter A ist gesamtvertretungsberechtigt mit dem Prokuristen C." Den richtigen Sinn erhält man daher am besten, wenn man den Zwischensatz „wenn nicht mehrere zusammen handeln" als überflüssig fortdenkt.

d. **Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht.** Werden ein Gesellschafter und ein Prokurist zu Gesamtvertretern ernannt, so richtet sich der Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht nach dem Umfang der Vollmacht des Prokuristen als der weniger weit reichenden (Denkschr. 92). Der Prokurist hat aber in diesem Falle nicht nur (was in Denkschr. 92 wohl vorausgesetzt) eine Vollmacht von dem gewöhnlichen gesetzlichen Umfang der Prokura (§. 49 Abs. 1), vielmehr liegt in der Ermächtigung, zugleich mit einem Gesellschafter die Gesellschaft zu vertreten, in der Regel die Erteilung der besonderen Befugnis (§. 49 Abs. 2) zur Mitwirkung bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, die jeder Gesellschafter, wenn er allein zur Vertretung ermächtigt wäre, kraft seiner Vertretungsbefugnis vorzunehmen berechtigt wäre (Johow XV, 100; H.G.B. §. 49 Anm. IV).

e. **Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle.** Vgl. oben Anm. III b., §. 125 Abs. 3 Satz 2.

f. **Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft.** Vgl. oben Anm. III b, §. 125 Abs. 3 Satz 2.

V. Ausschließung von der Vertretungsmacht.

a. **„Durch den Gesellschaftsvertrag"** (§. 125 Abs. 1). Die Ausschließung kann nicht nur durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag, sondern auch durch spätere vertragliche Festsetzungen erfolgen (§. 109 Anm. II). Auch eine Ausschließung durch richterliche Entziehung ist zulässig (§. 127).

b. **Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung.** Derselbe ist für zulässig zu erachten (Johow X, 28, O.L.G. Stuttgart v. 6. Febr. 1891 Z.f.H. Bd. 42 S. 527, Lesse in Centralorgan 1862 S. 157, Weinhagen und Busch in Busch, Archiv I, 149, 156, Renaud, K.G. S. 358, Rießer in Z.f.H. Bd. 42 S. 322, Staub, Suppl. Art. 115; dagegen nach bisherigem Recht Handelsgericht Köln in Centralorgan 1862 S. 99, Staub Art. 86 §. 2). Der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung wirkt jedoch nur ebenso, als wenn eine Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter angeordnet wäre, denn irgend ein Organ der Gesellschaft (auch für die

Beziehungen zu einem etwa ernannten Prokuristen oder Bevollmächtigten) muß vorhanden sein, und dies kann in solchem Fall nur in der Gesamtheit aller Gesellschafter gefunden werden.

c. **Widerruf des Ausschlusses.** Vgl. Anm. III e. Ein solcher Widerruf liegt nicht schon (wie Staub Art. 118 §. 3 annimmt) in der Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht an den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, denn die Handlungsvollmacht reicht nicht so weit wie die Vertretungsmacht als Gesellschafter.

VI. **Anmeldung.**

a. **Form.** Vgl. §. 12 Anm. I, §. 108 Anm. I. Die Anmeldung hat bei dem Gericht zu erfolgen, bei dem die Gesellschaft ihren Sitz hat (§. 106 Anm. I), außerdem bei den Gerichten derjenigen Niederlassungen (§. 29 Anm. IV, §. 13 Anm. II), für deren Betrieb das betreffende Rechtsverhältnis Wirkung erlangen soll (§. 126 Abs. 3). Vgl. auch §. 53 Anm. I. — Im Falle richterlicher Entziehung der Vertretungsbefugnis (§. 127) genügt die Anmeldung dieser Thatsache durch die übrigen Beteiligten (§. 16 Abs. 1).

b. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Nicht schon die Anmeldung, sondern erst die Eintragung und Bekanntmachung wirkt gegen Dritte. Zur Anwendung kommt §. 15.

c. **Die einzutragenden Thatsachen.**

1. Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung. Oben Anm. V. Falls angemeldet wird, daß zu einem vergangenen Zeitpunkt die Gesellschaft begonnen habe und seit jener Zeit ein Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sei, so wirkt der Ausschluß der Vertretung auf jene Zeit zurück (dagegen R.G. XXXIV, 55, welches eine zusammengehörige Erklärung auseinanderreißt); es bleiben jedoch die Wirkungen bestehen, die aus einem thatsächlichen (nicht bloß im vorstehenden Zusammenhange erklärten) früheren Geschäftsbeginn (§. 123 Abs. 2) in Verbindung mit den Folgen der damaligen Nichteintragung des Ausschlusses (§. 15 Abs. 1) herzuleiten sind (Ob.=Trib. Bd. 59 S. 282).
2. Anordnung einer Gesamtvertretung (durch mehrere Gesellschafter). Oben Anm. III.
3. Anordnung einer Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen (oder andere Nichtgesellschafter). Oben Anm. IV.
4. Änderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Auch wenn die geänderte Thatsache nicht eingetragen war (§. 31 Anm. I). Entsprechend auch die Änderung in der Vertretungsmacht eines Nichtgesellschafters im Falle der vorstehenden Ziffer 3.

§. 126.

Umfang der Vertretungsmacht. Beschränkung des Umfanges.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Ertheilung und des Widerrufs einer Prokura.

Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

In Betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des §. 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 114 Abs. 1, 116, 117 Abs. 1, 118. **Entw. I** §. 114. **Entw. II** §. 124.

§. 126.

I. **Umfang der Vertretungsmacht.**

a. **Vertretungsmacht.** Zu unterscheiden von Geschäftsführungsbefugnis, §. 114 Anm. I. Der §. 126 findet Anwendung auf die Einzelvertretungsmacht, wenn Einzelvertretung, und auf die Gesamtvertretungsmacht, wenn Gesamtvertretung durch Gesellschafter besteht. Über den Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht bei Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Nichtgesellschafter vgl. §. 125 Anm. IVd.

b. **Umfang. Alle Geschäfte und Rechtshandlungen.** Die Vertretungsmacht des Gesellschafters umfaßt alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen (vgl. §. 49 Anm.. I). Ausgenommen ist nicht, wie bei der Prokura (§. 49 Anm. IIIa), vielmehr ausdrücklich eingeschlossen die Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Die Vertretungsmacht ist auch nicht, wie bei der Prokura (§. 49 Anm. II), beschränkt auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; vielmehr erstreckt sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters auch auf Geschäfte, die nicht Handelsgeschäfte sind, und auf Geschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des Betriebes eines Handelsgewerbes liegen (R.O.H. IX, 430, R.G. XXVI, 18, vgl. R.G. XXXII, 33), z. B. auch auf Schenkungen (R.G. XXVI, 18). — Aus dem von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft ausgehändigten Blankoaccept unter der Gesellschaftsfirma können, auch wenn der Wechsel erst nach Auflösung ausgefüllt ist, die übrigen Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft auf Grund ihrer Gesamthaftung in Anspruch genommen werden (R.O.H. XXI, 329).

c. **Erteilung und Widerruf der Prokura.** Ausdrücklich eingeschlossen in die Vertretungsmacht des Gesellschafters ist auch das Recht zur Erteilung und zum Widerruf der Prokura: nach außen (also auch gegenüber dem Prokuristen) ist jeder Einzelvertretungsberechtigte (und sind die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter gemeinschaftlich) sowohl zur Erteilung wie zum Widerruf, nach innen (§. 116 Anm. III) der Einzelgeschäftsführungsberechtigte zwar zum Widerruf, aber — außer bei Gefahr im Verzuge — nicht zur Erteilung befugt. Sind bei bestehender Gesamtvertretung nicht alle Gesamtvertreter zur Anmeldung des seitens eines einzelnen gemäß §. 116 erfolgten Widerrufs bereit, so kann mit einer einstweiligen Verfügung und Eintraguug derselben (§. 16 Anm. II) geholfen werden. Sind alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen, so kann nach Johow X, 26 jeder eine Prokura widerrufen. Ist die obige Deutung dieses Verhältnisses (§. 125 Anm. Vb) zutreffend, so würde vielmehr anzunehmen sein, daß in diesem Falle nur alle Gesellschafter gemeinsam mit Wirkung nach außen widerrufen können.

d. **Vertretung anderer Gesellschafter.** Die in §. 126 erwähnte Vertretungsmacht betrifft nur die Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschaft. Nicht ermächtigt ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter zur Vertretung der anderen Gesellschafter, z. B. nicht bei den allen Gesellschaftern obliegenden Anmeldungen zum Handelsregister in Angelegenheiten der Gesellschaft, auch nicht bei der gegen einen Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung erhobenen Klage (O.A.G. Dresden v. 6. Novbr. 1863 in Siebenhaar, Archiv Bd. 14 S. 102, R.G. V, 71). Der §. 714 B.G. bestimmt nicht etwa Gegenteiliges: die dort geordnete Vertretung „der Gesellschafter" einer gewöhnlichen

Gesellschaft (die eintreten soll, soweit Geschäftsführungsbefugnis vorliegt) entspricht der in §. 125 H.G.B. angeordneten Vertretung „der Gesellschaft". Der §. 714 B.G. besteht nicht neben dem §. 125 H.G.B., sondern ist für die offene Handelsgesellschaft durch letzteren ersetzt.

e. **Rechtsgeschäfte mit sich selbst.** Die Vertretungsmacht ist begrenzt durch §. 181 B.G. (abgedruckt hinter §. 58 H.G.B.) für Rechtsgeschäfte, die der Vertreter mit sich selbst (für sich oder für einen anderen als dessen Vertreter) namens der Gesellschaft vornimmt. (Für den Fall der Gesamtvertretung vgl. §. 125 Anm. IIIb.) Ein unzulässiges Rechtsgeschäft mit sich selbst kann zu Grunde liegen bei einer Abrede eines Gesellschafters mit dem Gesellschaftsschuldner, daß letzterer fortan nicht der Gesellschaft, sondern dem die Abrede treffenden Gesellschafter schulden solle (R.O.H. VIII, 392). Ebenso wenn der Gesellschafter mit einem Privatgläubiger vereinbart, daß nicht er, der verpflichtete Gesellschafter, sondern die Gesellschaft künftig Schuldnerin sein solle (Str. Bd. 98 S. 237). Ebenso bei einer Abrede des Gesellschafters mit dem Gesellschaftsschuldner, daß diesem die Schuld an die Gesellschaft erlassen werde gegen gleichzeitigen Erlaß seiner Forderung an den Gesellschafter (§. 129 Anm. IIc). Unzulässig ist auch die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter in einem Rechtsstreit, den dieser gegen die Gesellschaft anstellt (O.L.G. Celle v. 13. April 1892 Z.f.H. Bd. 42 S. 520). — Will der vertretungsberechtigte Gesellschafter in eigenem Namen gegen die Gesellschaft klagen, so hat er die Klage nicht an sich als Vertreter der Gesellschaft zuzustellen, sondern muß, wenn kein anderer Vertreter vorhanden, Bestellung eines Vertreters gemäß §. 57 C.P.O. erwirken (R.G. VII, 404).

f. **Unerlaubte Handlungen.** Über unbefugte Aneignung von Gesellschaftsvermögen durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter s. §. 111 Anm. IIIb. Der Dritte braucht nicht zu prüfen, ob der namens der Gesellschaft handelnde Gesellschafter (wenn er nur nicht nach außen in doppelter Eigenschaft handelt) die Handlung im Interesse der Gesellschaft oder im eigenen Interesse vornehme (R.O.H. IX, 430), und es steht ihm in der Regel sogar nicht entgegen, wenn ihm bekannt war, daß letzteres geschah (R.O.H. VII, 404; IX, 432; R.G. IX, 149). Wird jedoch bei einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten die Vertretungsmacht zur Vornahme einer unerlaubten Handlung (z. B. Untreue §. 266 St.G.B., R.G. in Strfs. XIX, 271) oder einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung mißbraucht, und ist dies dem Dritten bekannt, so ist das Rechtsgeschäft nichtig (§§. 134, 138 B.G., P. 4665, R.O.H. VII, 404, IX, 432, R.G. IX, 149). Über die Verbindlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung vgl. B.G. §§. 816, 817, 819.

II. Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht.

a. **Beschränkung.** Vgl. §. 50 Anm. I. Nur eine Beschränkung allgemein Dritten gegenüber ist unwirksam, nicht die Beschränkung gegenüber einem einzelnen Dritten (R.G. XXIV, 28). „Dritter" ist auch der Gesellschafter, selbst der vertretungsberechtigte, insoweit er nicht als Vertreter der Gesellschaft oder als Mitgesellschafter (R.G. in Strfs. XIX, 273), sondern als Vertragsgegner der Gesellschaft in Betracht kommt (R.O.H. VI, 140, R.G. VII, 120; dagegen R.O.H. II, 41 und Staub). Der §. 126 Abs. 2 betrifft nicht Beschränkungen der Vertretungsmacht überhaupt (hierüber bestimmt §. 125), sondern nur Beschränkungen des Umfanges einer an sich vorhandenen Vertretungsmacht.

b. **Wirkungen einer Beschränkung.** Vgl. §. 50 Anm. II.

c. **Mehrere unter verschiedenen Firmen betriebene Niederlassungen der Gesellschaft.** Vgl. §. 50 Anm. III. Der Fall ist zu unterscheiden von demjenigen des Vorliegens mehrerer Gesellschaften unter denselben Gesellschaftern (§. 105 Anm. Ie 2).

§. 127.

Entziehung der Vertretungsmacht.

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft.

A.D.H. — **Entw. I** §. 115. **Entw. II** §. 125.

§. 127.

I. **Vertretungsmacht.** Vgl. §. 125 Anm. IIa. Zu unterscheiden von Geschäftsführungsbefugnis (§. 117 Anm. Ia, §. 114 Anm. I). Man könnte zweifeln, ob das Entzogene in der That die Vertretungsmacht (d. h. das Dritten gegenüber bestehende Vertretungsrecht), oder nur die Vertretungsbefugnis (d. h. das den Gesellschaftern gegenüber bestehende Recht zur Vertretung) ist. Dem Gesetz entsprechender ist es jedoch, anzunehmen, daß in der That die Vertretungsmacht entzogen wird, daß nur nicht bereits die bloße Entziehung unmittelbar wirksam gegenüber allen Beteiligten wird (unten Anm. VI). Zwischen der auf Gesetz und der auf Vertrag beruhenden Vertretung wird nicht unterschieden (Denkschr. 93); ebensowenig zwischen Einzelvertretungsmacht und Gesamtvertretungsmacht. Die Vertretungsmacht kann (abweichend §. 715 B.G.) entzogen werden auch ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (Denkschr. 93). Geschieht dies, dann bleibt nicht nur die Befugnis, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung unberührt, insoweit diese Pflicht trotz des Vertretungsverbots ausübbar ist (vgl. Bolze Bd. 9 Nr. 465).

II. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Vgl. §. 117 Anm. Ib. Dies findet auch Anwendung, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht (K.B. 55). Ist vertraglich vereinbart, daß die Stellung des Antrages durch einen oder einige Gesellschafter genügt, so ist dies als maßgebend zu erachten, da die hierdurch geänderte Vorschrift des Gesetzes nur zur Sicherung des Antragsgegners, nicht Dritter, gegeben ist.

III. **Antragsgegner.** Vgl. §. 117 Anm. Ic.

IV. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. §. 117 Anm. Id. Auch einstweilige Verfügungen sind zulässig (Denkschr. 30), durch welche die Vertretungsmacht entzogen oder (§. 125 Abs. 2, 3; aber nicht dem Umfang nach, §. 126 Abs. 2) beschränkt wird.

V. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 117. Anm. Ie.

VI. **Entziehung.** Durch die gerichtliche Entscheidung wird die Vertretungsmacht (oben Anm. I) entzogen. Die Entziehung ist aber eine Art des Ausschlusses der Vertretungsmacht. Deshalb ist sie von den übrigen Gesellschaftern (§. 16 Abs. 1) zum Handelsregister anzumelden (§. 125 Anm. VIc 1). Weigert sich einer der übrigen Gesellschafter, bei der Anmeldung mitzuwirken, so wird in der Regel auf Grund des Gesellschaftsvertrages seine Mitwirkung erzwungen werden können, auch wird in der Regel Schadensersatzpflicht eintreten. Bevor die Entziehung der Vertretungsmacht im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, kann die Gesellschaft die Entziehung Dritten nicht entgegensetzen, es sei denn, daß sie diesen bekannt war (§. 15 Abs. 1). Dadurch, daß einem Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen wird, erfährt die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung. War keiner der anderen Gesellschafter vertretungsberechtigt ohne Mitwirkung desjenigen, dem die Vertretungsberechtigung entzogen ist, so ist nach der Entziehung eine Gesellschaft ohne vertretungsberechtigten Gesellschafter (§. 125 Anm. Vb) vorhanden. In diesen Fällen führt daher in der Regel nicht §. 127, sondern nur §. 140 zum Ziel (Cosack S. 542).

IV. Haftung der Gesellschafter (§§. 128—130).

§. 128.

Haftung als Gesamtschuldner.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesammtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 112. **Entw. I** §. 116. **Entw. II** §. 126.

§. 128.

I. **Haftung als Gesamtschuldner.**

a. **Die allgemeinen Vorschriften des B.G.** über die Haftung als Gesamtschuldner kommen zur Anwendung.

§. 421. „Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

§. 422. „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden."

§. 423. „Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten."

§. 424. „Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner."

§. 425. „Andere als die in den §§. 422 bis 424 bezeichneten Thatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile."

Da die Schuldverhältnisse der Gesellschaft und diejenigen der Gesellschafter nicht, wie die Verpflichtungen mehrerer völlig selbständiger Schuldner, nebeneinanderstehen (es liegt kein reines Gesamtschuldverhältnis vor; Denkschr. 110), sondern die Schuld der Gesellschafter nur eine zu der Schuld der Gesellschaft hinzutretende ist (Anm. Ib), so wird man anzunehmen haben (ebenso Lithauer zu §. 128 H.G.B.), daß der Fall des Vorbehalts in §. 425 Abs. 1 B.G. „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt" insoweit hier zutrifft, daß, wenn gegenüber der Gesellschaft andere als die in den §§. 422 bis 424 B.G. bezeichneten Thatsachen eintreten, dies auch für und gegen die Gesellschafter gilt. Nicht aber auch umgekehrt. — Über die Einwirkung einer Aufhebung der Gesellschaftsschuld auf die Gesamthaft der Gesellschafter vgl. §. 128 Anm. IIIb. — Über die Haftung derjenigen, die sich fälschlich als Gesellschafter ausgeben, vgl. §. 123 Anm. IV.

b. **Rechtsgrund** der Haftung der Gesellschafter. Wie jede Haftung, vertragliche oder andere, beruht die Haftung der einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in letzter Reihe auf dem Gesetz. Bei der Frage

nach dem „Rechtsgrunde" im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes hat man indessen von jener letzten Grundlage, eben weil sie eine allen Verbindlichkeiten gemeinsame ist, abzusehen, und nur darauf kommt es an, woran das Gesetz den Eintritt der Haftung knüpft. Nach §. 123 H.G.B. knüpft nun das Gesetz das Eintreten jener Haftung unmittelbar an das Bestehen dieser Form der Vergesellschaftung verbunden mit der nach außen erfolgten Kundgebung dieses Bestehens. [Der Fall der unwahren Kundgebung, es bestehe eine offene Handelsgesellschaft, §. 123 Anm. IVb, ist hier auszuscheiden, da in diesem Falle überhaupt keine Verbindlichkeit einer Gesellschaft eintritt.] Und zwar hat nur diejenige Kundgebung diese Wirkung, die unter Zustimmung aller Gesellschafter geschieht (bei Eintragung: §. 108 Abs. 1, bei Geschäftebeginn: §. 123 Anm. IIIb, bei sonstiger Kundgebung: §. 123 Anm. IVa). Ist letzteres richtig, so ist als Rechtsgrund nicht schon die Eingehung des Gesellschaftsvertrages, sondern erst die nach außen erfolgte Kundgebung aufzufassen. Diese Kundgebung braucht von den Kundgebenden nicht als ein Versprechen selbstschuldnerischer Gewähr gemeint zu sein; nach öffentlichem Recht (§. 128 Satz 2 H.G.B.) wirkt sie jedoch wie ein solches (R.G. XXX, 35; dagegen Staub). Der Inhalt der Gewähr geht aber dahin, daß die Verbindlichkeiten der Gesellschaft genau mit demselben Inhalte und unter denselben Maßgaben zugleich auch Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter sein sollen. So bedarf es insbesondere keiner Vorausklage gegen die Gesellschaft, sondern jeder Gesellschafter kann unmittelbar in Anspruch genommen werden (B.G. §. 421, R.O.H. VII, 385, XVII, 288, R.G. V, 53). So ist mit dem Erfüllungsort für die Gesellschaft allemal zugleich der Erfüllungsort für alle einzelnen Gesellschafter bestimmt (R.G. XXXII, 45, R.G. v. 21. März 1894 in Gruchot Bd. 38 S. 1194). So können auf Grund der Wechselunterschrift der Gesellschaft zugleich die Gesellschafter im Wechselverfahren verklagt werden (R.G. v. 13. Dez. 1889 in Gruchot Bd. 34 S. 1216 und in Bolze Bd. 9 Nr. 469 und R.G. v. 26. April 1890 in Gruchot Bd. 34 S. 1222). Nur im obigen Sinne läßt sich sagen (so R.G. v. 24. März 1893 in J.W. S. 254; ähnlich auch R.G. v. 26. April 1890 in Gruchot Bd. 34 S. 1222), daß die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter auf derselben Grundlage beruht. Die Haftung der Gesellschafter ist zwar keine nur ergänzende (subsidiäre), aber doch nur eine hinzutretende (hiergegen Behrend §. 73 Anm. 11), deren Inhalt sich bei der Entstehung (nicht notwendig dauernd) vollständig mit dem Inhalt der Haupthaftung, derjenigen der Gesellschaft, deckt. Mit der vorstehend vorgetragenen Ansicht stimmt überein die Regelung der zulässigen Einreden des Gesellschafters gegenüber Dritten (§. 129 Absatz 1 bis 3) und die Regelung für den Fall gleichzeitigen Konkurses der Gesellschaft und des Gesellschafters (§. 124 Anm. IIf).

II. **Den Gläubigern** der Gesellschaft gegenüber besteht die Gesamthaftung.

a. **Haftung der Mitgesellschafter gegenüber einem Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft.** Die Denkschr. 93 bemerkt: „Der Grundsatz, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist im Art. 112 A.D.H. (jetzt §. 128 H.G.B.) ohne Einschränkung aufgestellt. Dessenungeachtet ist früher vielfach angenommen worden, daß die bezeichnete Regel eine Ausnahme erleiden müsse, soweit es sich um die Forderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft handelt, und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründet oder ob sie auf einem selbständigen Rechtsgeschäfte beruht, das der Gesellschafter mit der Gesellschaft geschlossen hat. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist jedoch von dieser Auffassung abgegangen und hat vielmehr unter gewissen Einschränkungen auch dem einzelnen Gesellschafter das Recht zugestanden, wegen seiner Forderungen an die Gesellschaft die Mitgesellschafter in Anspruch zu

nehmen. Es liegt kein genügender Grund vor, dieser Rechtsprechung durch gesetzliche Vorschriften entgegenzutreten."

Vier Fälle werden unterschieden werden müssen:

1. Der Gesellschafter hat gegen die Gesellschaft nur eine Forderung auf **Zuschreibung** auf seinem Kapitalkonto, nicht auf Zahlung. So bei der Forderung wegen erfolgter Einlagen (§. 111 Anm. Ia) oder wegen desjenigen Gewinnanteils, dessen Erhebung zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichen würde (§. 120 Anm. IIIa, §. 122 Anm. III). Hier folgt aus dem Inhalt der Forderung, daß während bestehender Gesellschaft nur gegen die Gesellschaft, nicht auch gegen die einzelnen Mitgesellschafter auf Erfüllung geklagt werden kann.
2. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters gründet sich **unmittelbar** auf den Gesellschaftsvertrag. So bei der Forderung auf die zulässigen Entnahmen (§. 122 Abs. 1). Wollte man in einem solchen Fall eine Klage auf Zahlung auch gegen die Mitgesellschafter gewähren, so würde hierdurch gegen sie mittelbar ein Zwang zur Erhöhung der Einlage ausgeübt werden, trotzdem auch die Forderung auf das Gesellschaftsverhältnis allein sich stützt. Da aber bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages das Entstehen derartiger Forderungen vorauszusehen ist, und dennoch gleichzeitig die Pflicht zur Einlageerhöhung ausgeschlossen wird, so ist hierin die vertragliche Beschränkung zu finden, daß die Verfolgung jener Forderungen nur insoweit zulässig ist, als diese Verfolgung nicht mittelbar einen Mitgesellschafter zur Einlageerhöhung zwingt. Da auch nach Auflösung der Gesellschaft bis zum Schlusse der Liquidation keine Pflicht zur Einlageerhöhung besteht (§. 111 Anm. Ia), so bleibt auch dann noch eine gegen die Mitgesellschafter gerichtete Klage auf Zahlung ausgeschlossen (dagegen R.O.H. XII, 274, XXIII, 195). Andererseits ist die Geltendmachung des Anspruches gegen die Mitgesellschafter eben nur in dem Umfange ausgeschlossen, als durch die Geltendmachung eine Einlageerhöhung erzwungen würde. Auch gegen die Mitgesellschafter ist daher schon während Bestehens der Gesellschaft und vor Schluß der Liquidation eine Klage auf Feststellung (R.O.H. XIX, 416; vgl. dagegen R.O.H. XXIII, 197) oder auf Einsetzung des bestrittenen Postens bei der demnächstigen Auseinandersetzung zulässig, falls sonst die prozessualischen Voraussetzungen für solche Klagen vorliegen. Nach dem Schluß der Liquidation kann die Forderung auch gegen die früheren Mitgesellschafter im Rahmen der Auseinandersetzungsforderung (§. 155 Anm. IVb) geltend gemacht werden.
3. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters ist zwar **anläßlich** des Gesellschaftsverhältnisses erworben, aber doch nur durch Hinzutreten eines anderen, nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Thatbestandes. So bei Ansprüchen für Aufwendungen des Gesellschafters (§. 110 Anm. I, IV; vgl. V) und bei Ansprüchen auf Grund der Geschäftsführung, z. B. wegen der Sonderverluste des geschäftsführenden Gesellschafters (§. 110 Anm. II, IV; vgl. V) wegen besonders zu entgeltender Bemühungen (§. 114 Anm. IV), wegen Vorschusses (§. 110 Anm. I). Daß in dem vertraglichen Ausschluß der Pflicht zur Einlageerhöhung auch ein Verzicht auf sofortige Beitreibung des die Mitgesellschafter treffenden Anteils an derartigen, bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht vorherzusehenden Forderungen liege (so R.O.H. XII, 274, XIII, 145, R.G. XXXI, 141), ist — im Unterschied zu dem zu 2 gedachten Fall — nicht anzuerkennen. (Das B.G. betrachtet — hiermit übereinstimmend — Ansprüche aus der Geschäftsführung nicht als Teil des „Anteils am Gesellschaftsvermögen"; §. 717 B.G., verglichen mit §. 725 B.G.; vgl. unten §. 135 Anm. VI). Mithin würde — da der uneingeschränkten Regel des §. 128 Satz 1 H.G.B. hier keine Beschränkung aus §. 707 B.G. (früher

Art. 92 A.D.H.) entgegenstände — nach allgemeinen Erwägungen auch in diesem Fall eine Klage gegen die Mitgesellschafter in demselben Umfange zuzulassen sein wie im Falle zu 4. Offen bleibt indessen noch die Frage, ob etwa eine andere Gesetzesvorschrift als §. 707 B.G. eine diesbezügliche Beschränkung enthält. In Betracht kommt §. 110 H.G.B., nach welchem für Aufwendungen eines Gesellschafters und für Sonderverluste eines geschäftsführenden Gesellschafters „die Gesellschaft" ersatzpflichtig ist. Sieht man hierin den Ausschluß der Gesamthaftung der Mitgesellschafter (vgl. §. 110 Anm. IV), so kann man folgern, daß darin ein Grundsatz zum Ausdruck gekommen sei, der für alle Fälle einer anläßlich des Gesellschaftsverhältnisses entstandenen Forderung eines Mitgesellschafters gilt. Nach der herrschenden Meinung ist in der That in allen diesen Fällen ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter während bestehender Gesellschaft ausgeschlossen. (Von dieser Annahme ist wohl auch in §. 28 K.O. ausgegangen; vgl. §. 131 Anm. Ie). Nimmt man — was wohl zutreffender — das Gegenteil an, und stellt man mithin den Fall zu 3 dem Falle zu 4 gleich, so ergeben sich allerdings Schwierigkeiten bei Beantwortung der Frage, welcher Anteil von den Mitgesellschaftern gefordert werden kann; indessen sind diese Schwierigkeiten keine anderen als im Falle zu 4 (hierüber unten Anm. IIb). — Die Frage der Verfolgbarkeit während Liquidation ist verschieden zu entscheiden (vgl. jedoch R.O.H. XII, 274, XXIII, 195, oben zu 2 angeführt), je nachdem man — wie zu 2 — den Gesichtspunkt eines Verbots der Einlageerhöhung als entscheidend erachtet oder den Fall zu 3 dem Falle zu 4 gleichstellt.

4. Die auf **Zahlung** gehende Forderung des Gesellschafters ist **ohne jede Beziehung zum Gesellschaftsvertrage** entstanden. So z. B. bei Kauf, Miete, Darlehn zwischen Gesellschafter und Gesellschaft; ebenso bei gegenseitigen Wechselverbindlichkeiten (R.G. VII, 120). In solchem Falle steht der Gesellschafter wie ein Dritter der Gesellschaft gegenüber und kann gemäß §. 128 auch jeden Mitgesellschafter als Gesamthaftenden in Anspruch nehmen (Denkschr. 93, R.G. XXXVI, 63; dagegen Staub). Nur kann der Mitgesellschafter Einwendungen aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis ableiten, insbesondere geltend machen, der Kläger könne die an sich begründete Gesamthaftung insoweit nicht geltend machen, als er selbst auf Grund seiner in der nämlichen Weise bestehenden Gesamthaftung dasjenige wieder herausgeben müßte, was er von dem Beklagten über dessen Schuldanteil (einschließlich seines Schuldanteils gemäß §. 426 Abs. 1 Satz 2 B.G.) hinaus erhalten würde (R.O.H. XIII, 145, R.G. XXXVI, 63). Ebenso, wenn der Gesellschafter die Forderung durch Übertragung seitens eines Gesellschaftsgläubigers erworben hat (R.G. v. 13. Dezbr. 1895 J.W. 1896 S. 58 Nr. 10). Nach R.G. XXIX, 16 ändert sich die Stellung des Gesellschafters, welcher Gläubiger der Gesellschaft ist, mit dem Eintreten der Liquidation; eine Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung (nicht nur auf Feststellung) könne dann in der Regel nur erhoben werden, wenn Kläger nachweise, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist. (Eine solche Einschränkung ist nicht gemacht in Bolze Bd. 7 Nr. 633. Eine Milderung, ohne grundsätzliche Entscheidung, in R.G. v. 13. Dezbr. 1895 J.W. 1896 S. 58.) Wäre dies richtig, so würde nach §. 129 Abs. 1 auch für die Klagen gegen Mitgesellschafter während der Liquidation eine gleiche Einschränkung herzuleiten sein. Die Einschränkung ist indessen auch gegenüber der Gesellschaft nicht als zutreffend anzuerkennen, denn die Liquidation kann zwar möglicherweise Rechte, welche auf den Gesellschaftsvertrag gegründet werden, beeinflussen (vgl. jedoch §. 149 Anm. IId), jedenfalls aber nicht Ansprüche, die auf anderer Grundlage beruhen. Etwa zulässige Einwendungen verbleiben dem Beklagten auch während der

Liquidation. (Dahingestellt R.G. XXXVI, 64. Vgl. R.O.H. XII, 274, R.G. XXXI, 144. In letzterem Urteil ist für einen Einzelfall wegen der zu Grunde liegenden Abmachungen angenommen, daß der beklagte Mitgesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft den Einwand, daß Kläger die eingeklagte Schuld anteilig mitzutragen habe, nicht geltend machen könne.)

In der Buchführung sind Forderungen der zu 1 und 2 gedachten Art von denjenigen der zu 3 und 4 gedachten Art dadurch zu scheiden, daß die ersteren auf Kapitalkonto, die letzteren auf Sonderkonto zu buchen sind (vgl. §. 110 Anm. V, §. 120 Anm. III a).

b. **Ausgleichungsrecht der Gesellschafter untereinander.**

Der §. 426 B.G. lautet:

„Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

Die Denkschr. 94 bemerkt: „Da die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, so kommen auf ihre nebeneinander bestehenden Verpflichtungen die Vorschriften des B.G. über die Gesamtschuld zur Anwendung. In Ansehung der Vorschriften, welche nach §. 426 B.G. bezüglich des Rückgriffs der Gesamtschuldner untereinander im Zweifel maßgebend sind, gilt dies allerdings nicht; die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern findet vielmehr erst nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters statt. Auch während der Liquidation hat der Gesellschafter noch nicht ohne weiteres ein von dem schließlichen Ergebnisse der Auseinandersetzung unabhängiges Rückgriffsrecht gegen die Mitgesellschafter. Die bezeichneten Rechtssätze sind durch Rechtsprechung und Wissenschaft hinreichend festgestellt, so daß es keiner besonderen Vorschriften im Gesetze bedarf."

Der §. 128 H.G.B. behandelt nur die Haftung der Gesamtschuldner nach außen. Weder erklärt er daher den §. 426 B.G. für anwendbar, noch schließt er dessen Anwendbarkeit aus. Der § 426 B.G. enthält aber die allgemeine Vorschrift, welche zur Anwendung kommen muß soweit sie nicht ausgeschlossen ist. Trotz der in der Denkschrift ausgesprochenen Ansicht ist daher grundsätzlich der §. 426 B.G. für anwendbar zu erachten, und es ist nur die Frage aufzuwerfen, ob im Einzelfall die in diesem §. 426 B.G. enthaltenen Voraussetzungen für dessen einzelne Bestimmungen gegeben sind. Hat ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld gezahlt, so kann er gegenüber der gesamthaftenden Gesellschaft fast stets Ausgleichung verlangen (§. 110 Anm. I), die Voraussetzung des §. 426 Abs. 2 Satz 1 ist daher gegeben, nicht dagegen die Voraussetzung des §. 426 Abs. 1 Satz 1, da die Gesellschaft zu vollem Ersatz verpflichtet ist.

Ob der Gesellschafter, welcher einen Gesellschaftsgläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld befriedigt, auch gegenüber den Mitgesellschaftern ein schon vor Schluß der Liquidation bestehendes Ausgleichungsrecht hat, ist — wenn man mit der herrschenden Meinung auf die Fälle der Anm. II a 3 andere Grundsätze als auf diejenigen der Anm. II a 4 anwendet — verschieden zu entscheiden, je nachdem man die durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers entstehende Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zu den Fällen zu 3 oder zu 4 stellt. Bisher wurden derartige Forderungen zu den Fällen zu 3 gestellt (R.O.H. XII, 273, R.G. XXXI, 141, Cosack

S. 556; vgl. §. 110 Anm. I), und dies (wenn auch nicht die hieraus von der herrschenden Meinung gezogene Folgerung) ist für zutreffend zu erachten. Etwas Gegenteiliges folgt nicht etwa aus §. 426 Abs. 2 B.G., denn nach dieser Bestimmung geht auf einen Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner nur insoweit über, als der Befriedigende Ausgleichung von den übrigen Schuldnern verlangen kann. (Vgl. auch den entsprechenden §. 774 Abs. 1 Satz 3 B.G.). Ob letzteres gegenüber den Mitgesellschaftern der Fall, ist aber erst zu entscheiden; es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, es sei der Fall.

Insoweit hiernach ein Ausgleichungsrecht gegenüber den Mitgesellschaftern als überhaupt bestehend angenommen wird, ist auch B.G. §. 426 anwendbar; nur werden bei Feststellung der Zahl der Ausgleichspflichtigen behufs Berechnung der „gleichen Anteile" allein die gesamthaftenden Gesellschafter, nicht auch die gesamthaftende Gesellschaft mitgerechnet.

Zu welchem Verhältnis die Mitgesellschafter untereinander zur Ausgleichung verpflichtet sind (§. 426 Abs. 1 Satz 1), ist in erster Reihe aus dem Gesellschaftsvertrag abzuleiten (§. 109 H.G.B., R.G. XL, 30). Bei dem Mangel von diesbezüglichen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag kann nicht das Verhältnis der Kapitalanteile als Verteilungsmaßstab benutzt werden, da dies Verhältnis während bestehender Gesellschaft beständig wechselt, vielmehr wird (unter entsprechender Anwendung des §. 735 B.G.) nach dem Verhältnis zu verteilen sein, nach welchem die Gesellschafter den Verlust zu tragen haben — unbeschadet selbstverständlich des Rückgriffs jedes Gesellschafters an die Gesellschaft. — Gegenüber der auf eine Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers gestützten Klage eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter wird die Einrede aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis (vgl. oben Anm. IIa4) zuzulassen sein, daß die Befriedigung ohne hierauf gerichtetes Verlangen des Gläubigers und zu dem vertragswidrigen Zwecke erfolgt sei, auf diesem Wege eine Einlageerhöhung des Mitgesellschafters zu erzwingen.

Über Ausgleichsforderungen nach Schluß der Liquidation vgl §. 155 Anm. IV.

Wegen Aufbrauchung der Einlage durch Verlust besteht vor Schluß der Liquidation (oder Auflösung ohne verbleibendes Aktivvermögen) kein Ausgleichungsrecht (R.G. XL, 30); anderenfalls würde der andere zur Erhöhung seiner Einlage gezwungen (vgl. oben Anm. IIa 2).

III. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.**

a. Der **Rechtsgrund** der Verbindlichkeiten ist unerheblich (vgl. §. 25 Anm. IIIa). Der Gesellschafter haftet daher z. B. auch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. §. 125 Anm. Id) aus unerlaubten Handlungen (Str. Bd. 67 S. 142). Eine Beschränkung auf die im Geschäftsbetriebe begründeten Verbindlichkeiten ist hier nicht (wie in §. 25) aufgenommen; eine Verbindlichkeit der Gesellschaft kann auch entstehen, ohne daß sie im Geschäftsbetriebe ihren Grund hat (§. 126 Anm. Ib). Verbindlichkeit der Gesellschaft ist nicht die bei der Auseinandersetzung entstehende Schuld des Gesellschafters mit Passivsaldo zur Zahlung einer Ausgleichssumme an die Gesellschafter mit Aktivsaldo, wohl aber die bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters von der das Geschäft fortführenden Gesellschaft übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Abfindungssumme (R.G. VII, 94).

b. **Noch bestehende** Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit der Gesellschaft muß noch bestehen, wenn der einzelne Gesellschafter auf Grund derselben in Anspruch genommen werden soll. Es genügt nicht, daß früher einmal eine Verbindlichkeit der Gesellschaft bestanden hat. Dem Gesellschafter stehen daher alle Einreden zu, deren sich die Gesellschaft bedienen könnte (R.O.H. XIII, 66, XXV, 126; vgl. §. 128 Anm. Ia). So die Einrede der vertraglichen Aufhebung der Gesellschaftsverbindlichkeit, z. B.

durch Erlaß (R.O.H. XXV, 126). So begrenzt der Zwangsvergleich, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter (K.O. §. 211 Abs. 2). So kann ferner der in Anspruch genommene Gesellschafter auf ein die Klage gegen die Gesellschaft abweisendes Urteil den Einwand gründen, daß das (damalige) Nichtbestehen einer Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt sei (R.G. V, 70, Bolze Bd. 16 Nr. 501). Über die Einrede der gegen die Gesellschaft eingetretenen Verjährung vgl. §. 129 Anm. IIb.

IV. **Entgegenstehende Vereinbarungen** sind Dritten gegenüber unwirksam. „Dritter" kann auch der Gesellschafter sein (§. 126 Anm. IIa). Unerheblich ist, ob der Dritte eine etwaige entgegenstehende Abrede bei Eingehung eines Geschäfts mit der Gesellschaft gekannt hat, oder jene unter den Gesellschaftern getroffene Abrede ihm ausdrücklich mitgeteilt worden ist (P. 165: „selbst wenn sie öffentlich bekannt gemacht wäre"; dies wurde von der Redaktionskommission gestrichen, R.O.H. VI, 3). Unter „Vereinbarungen" sind nur Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander zu verstehen. Entgegenstehende Vereinbarungen mit dem Dritten bleiben zulässig und wirksam (R.O.H. XV, 18, Cosack S. 531). Durch solche Vereinbarungen verliert die Gesellschaft nicht ihre Eigenschaft als offene Handelsgesellschaft (§. 105 Anm. IIIa).

§. 129.

Zulässige Einwendungen des Gesellschafters.

Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugniß hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 117. **Entw. II** §. 127.

§. 129.

I. **Inanspruchnahme eines Gesellschafters wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft.**

a. **Gesellschafter.** Das Wort bezeichnet an sich nur denjenigen, der zur Zeit der Inanspruchnahme Gesellschafter ist. Entsprechendes gilt aber nicht nur für den gewesenen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft während Liquidation (§. 156; vgl. auch unten Anm. IIa), sondern auch für den gewesenen Gesellschafter überhaupt, selbst wenn keine Liquidation stattgefunden hat oder diese beendigt ist (vgl. §. 159). Besteht die Gesellschaft auch nicht in Liquidation mehr, so kann der gewesene Gesellschafter die Einwendungen nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft, wenn sie noch bestände, erhoben werden könnten. — Diese entsprechende Anwendung findet jedoch ihre Grenze darin, daß der gewesene Gesellschafter diejenigen Thatsachen, welche nach seinem vorschriftsmäßig bekannt gemachten (§. 15 Abs. 1) Ausscheiden gegen die Gesellschaft eingetreten sind, nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (R.O.H. XIX, 24; vgl. B.G. §. 425; etwas abweichend nach bisherigem Recht Staub Art. 111 §. 8, abweichend auch R.O.H. XV, 205). Dies gilt auch von einem nach seinem Ausscheiden ergangenen Urteil gegen die Gesellschaft oder der Feststellung in einem nach seinem Ausscheiden eröffneten Gesellschaftskonkurse. Ebenso bei einer

nach dem Ausscheiden erfolgten Unterbrechung der Verjährung gegen die Gesellschaft (vgl. §. 160). Ein Zwangsvergleich im Konkurse der Gesellschaft wirkt nicht zu Gunsten des Ausgeschiedenen (K.O. §. 211 Abs. 2, R.G. XXIX, 40).

b. **Verbindlichkeit der Gesellschaft.** Vgl. §. 128 Anm. III.

II. **Zulässige Einwendungen.**

a. **Einwendungen, die in der Person des Inanspruchgenommenen begründet sind.** Der Gesellschafter kann sie unbeschränkt geltend machen. So z. B. den auf die Person des betreffenden Gesellschafters beschränkten Erlaß (R.O.H. XX, 182, R.G. XIII, 97), oder Verjährung gemäß §. 159 (R.O.H. XX, 182) oder die mit dem Gläubiger getroffene Abrede, daß er zunächst versuchen solle, sich an die Gesellschaft oder an andere Gesellschafter zu halten (R.O.H. XV, 18). Hierher gehören auch die etwa zulässigen (§. 128 Anm. II a) Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Gesellschaftsvertrage (insbesondere auch während bestehender Liquidation) gegenüber der Klage eines Mitgesellschafters wegen einer Gesellschaftsschuld.

b. **Einwendungen gegen die Gesellschaftsschuld als solche** (= „Einwendungen, welche nicht in der Person des Inanspruchgenommenen begründet sind"). Der Gesellschafter kann sie nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können. Hiernach hat sowohl ein rechtsverbindliches Anerkenntnis der Gesellschaft wie ein gegen sie ergangenes rechtskräftiges Urteil die Wirkung, daß die Gesellschaftsschuld als solche auch den Gesellschaftern gegenüber festgestellt ist (Denkschr. 94, R.G. III, 58, XIII, 97, XXXIV, 365, Bolze Bd. 20 Nr. 575); allerdings nur als damals bestehend. Dies gilt auch von einem rechtskräftigen Versäumnisurteil (R.G. V, 70). Auch von einer Feststellung im Gesellschaftskonkurse (R.G. XXXVI, 62), es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter, bezw. bei bestehender Liquidation der Liquidator (so sind §. 144 Abs. 2, §. 164 Abs. 2 K.O. entsprechend anzuwenden) die Forderung im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten hat. Ein nur für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen die Gesellschaft schließt Einwendungen des Gesellschafters nicht aus (R.G. III, 339), da auch die Gesellschaft die durch das Urteil verworfenen Einwendungen in dem weiteren Rechtsgange noch vorbringen kann. — Über die Einrede, daß eine Verbindlichkeit der Gesellschaft nicht mehr bestehe, vgl. §. 128 Anm. III b. Dem Gesellschafter steht auch die Einrede zu, daß die Gesellschaft wegen einer gegen sie eingetretenen Verjährung (B.G. §. 222) die Leistung verweigern könne (vorausgesetzt in §. 159 Abs. 1 „Anspruch gegen die Gesellschaft").

c. **Einwendungen aus einem Recht der Gesellschaft auf Anfechtung oder Aufrechnung.** Der in Anspruch genommene Gesellschafter darf nicht kraft eigenen Rechtes ein Recht der Gesellschaft auf Anfechtung (z. B. wegen Irrtum, Täuschung, Drohung B.G. §. 119 ff.) oder Aufrechnung ausüben, denn hierin läge eine ihm sonst nicht zustehende (B.G. §. 719 Abs. 1, Denkschr. 90) eigenmächtige Verfügung über Bestandteile des Vermögens der Gesellschaft. Er ist daher in diesen Fällen auf eine aufschiebende Einrede beschränkt (§. 129 Abs. 2, 3) in derselben Weise wie eine solche dem in Anspruch genommenen Bürgen nach §. 770 B.G. zusteht (Denkschr. 95), im Falle der Aufrechnung also „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann." — Soweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter überwiesen ist, z. B. nach Auflösung der Gesellschaft bei Auseinandersetzung, kann er selbstverständlich damit aufrechnen (Denkschr. 91). Eine Abtretung der Gesellschaftsforderung an den Gesellschafter liegt aber nicht immer bereits in der seitens der Mitgesellschafter erteilten Ermächtigung, die Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung gegenüber dem Dritten zu benutzen (R.G. X, 48). — Inwieweit der einzelne Gesellschafter namens der Gesellschaft die Anfechtung oder Aufrechnung erklären kann, hängt von dem Bestehen seiner Vertretungsmacht (§§. 125, 150, R.O.H.

IX, 429) und davon ab, ob er hierbei den Umfang seiner Vertretungsmacht, insbesondere soweit das Verbot von Rechtsgeschäften mit sich selbst in Betracht kommt (§. 126 Anm. Ie), einhält. Nach denselben Grundsätzen ist zu entscheiden, ob der Gesellschafter mit seinem Privatgläubiger namens der Gesellschaft einen Vertrag dahin schließen darf, daß die Gesellschaftsforderung gegen die Privatschuld verrechnet sein solle. Dies ist nach jetzigem Recht in der Regel unzulässig. (Nach bisherigem Recht für zulässig erachtet R.O.H. IX, 429, bei ähnlich liegenden Thatbeständen jedoch für unzulässig Str. Bd. 98 S. 237, R.O.H. XIII, 392). — Über den umgekehrten Fall der Inanspruchnahme eines Gesellschaftsschuldners seitens der Gesellschaft und das Nichtbestehen einer Befugnis desselben zur Aufrechnung mit einer Forderung an einen Gesellschafter, vgl. §. 105 Anm. Ig 4.

d. **Einwendungen aus einem bestehenden Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen.** Über den Gesellschaftskonkurs vgl. §. 124 Anm. IIf. Die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen ändert (abweichend vom bisherigen Recht; Denkschr. 96) an sich nichts an der bestehenden Gesamthaftung der Gesellschafter. Erst wenn auch über das Privatvermögen eines Gesellschafters Konkurs eröffnet wird, verwandelt sich die bis dahin in gleicher Reihe stehende (prinzipale) Haftung des betreffenden Gesellschafters (§. 128) in eine nur ergänzend (subsidiär) eintretende (Denkschr. 95, 96). Die während des Gesellschaftskonkurses in Anspruch genommene Privatkonkursmasse des Gesellschafters kann einwenden, daß der Gesellschaftsgläubiger in dem Konkurse über das Privatvermögen des Gesellschafters nur in Höhe seines Ausfalls im Gesellschaftskonkurse („Ausfall" im Sinne der K.O.; Denkschr. 96) Befriedigung verlangen könne (K.O. §. 212; abgedruckt §. 124 Anm. IIf); der Gesellschaftsgläubiger hat jedoch das Recht, seine Forderung zum Privatkonkurse voll geltend zu machen, soweit er auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichtet (K.O. §. 212 Abs. 3, §. 64), und zwar gleichzeitig in allen Privatkonkursen der Gesellschafter zum vollen Betrage (K.O. §. 68).

III. **Zwangsvollstreckung.** Die Vollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld darf nicht schon beginnen, wenn nur ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (§. 129 Abs. 4; ebenso schon nach bisherigem Recht R.O.H. VI, 419, XX, 182, XXI, 130, R.G. XXXVI, 395); denn wenn auch der Gesellschafter die Schuld als zur Zeit des Urteils bestehende Gesellschaftsschuld anerkennen muß (oben Anm. IIb), so kann er möglicherweise, wenn er demnächst persönlich in Anspruch genommen wird, noch andere Einwendungen machen. Der Anspruch gegen einen Gesellschafter aus einer Gesellschaftsschuld ist nicht bereits rechtshängig (wie R.G. III, 58 angenommen), wenn wegen dieses Anspruchs die Klage gegen die Gesellschaft erhoben ist. Denn die Rechtshängigkeit reicht nicht weiter als die in dem betreffenden Verfahren möglicherweise zu erzielende Rechtskraft; ein Urteil aber, welches in dem gegen die Gesellschaft angestellten Rechtsstreit ergeht, wird nicht gegenüber dem Gesellschafter rechtskräftig, stellt vielmehr nur bestimmte Thatsachen endgiltig auch gegenüber dem Gesellschafter fest, nämlich das Bestehen oder Nichtbestehen einer Gesellschaftsschuld, was für den Rechtsstreit gegen den Gesellschafter nur die Bedeutung einer vorauszuentscheidenden Thatsache hat. Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß die Klagen gegen Gesellschaft und Gesellschafter zwar gleichzeitig, nicht aber letztere nach ersterer angestellt werden könnten. — Über Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen vgl. §. 124 Anm. IId.

§. 130.

Haftung neu eintretender Gesellschafter.

Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§. 128, 129 für die vor seinem Eintritte begründeten

Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 113. **Entw. I** §. 118. **Entw. II** §. 128.

§. 130.

I. **Eintritt in eine bestehende Gesellschaft.**

a. **Gesellschaft.** Der §. 130 setzt voraus, daß eine Gesellschaft (d. h. eine offene Handelsgesellschaft, R.O.H. VI, 15; entsprechend anwendbar auf eine Kommanditgesellschaft, §. 161 Anm. IIb 18) bereits besteht und ein neuer (persönlich haftender) Gesellschafter in diese Gesellschaft eintritt. Abweichend geregelt ist in §. 28 der Fall, daß jemand als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns tritt. Der §. 28, nicht §. 130, ist wohl als anwendbar zu erachten, wenn aus einer bisherigen Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen austreten und gleichzeitig neue Personen als Gesellschafter hinzutreten; in solchem Falle findet kein Eintritt „in eine Gesellschaft" statt. Dagegen Staub, Bolze Bd. 9 Nr. 478. Johow XI, 17 hält für entscheidend, ob die Absicht der Beteiligten auf Fortsetzung gerichtet ist; die Absicht ist indessen unerheblich, falls man annimmt, daß öffentliches Recht entgegensteht. Das R.O.H. I, 66 und XIV, 151 will verschieden entscheiden, je nachdem der neue Gesellschafter nur zu dem verbleibenden Gesellschafter oder zu der früheren Gesellschaft im Vertragsverhältnis steht. Da aber hier das Verhältnis zu Dritten in Frage kommt, die über jenes innere Verhältnis nichts erfahren können, so erscheint es richtiger, an dem äußeren Merkmal festzuhalten, daß bei Eintritt noch eine „Gesellschaft" bestehen muß. Man kann auch nicht sagen, es genüge die Fortführung des bisherigen Geschäfts einer Gesellschaft durch eine neue Gesellschaft (vgl. P. 281), denn wenn dies hätte bestimmt werden sollen, hätte es nahe gelegen, die Fassung des §. 130 in dieser Beziehung derjenigen des §. 28 nachzubilden. Ob bei Umwandelung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft §. 28 oder §. 130 anwendbar ist oder ob die Errichtung einer völlig neuen Gesellschaft anzunehmen ist, weil im Einzelfall weder eine vorübergehende Fortführung des Geschäfts durch einen Einzelkaufmann, noch eine Fortsetzung der Gesellschaft stattgefunden hat, ist nach der im Einzelfall gewählten Form der Umwandelung zu entscheiden (vgl. §. 131 Anm. Ii).

b. **Bestehende** Gesellschaft. Der §. 130 betrifft nur das Rechtsverhältnis zu Dritten. Unter „bestehender" Gesellschaft ist daher hier nicht eine nur im Verhältnis nach innen bestehende (§. 105), sondern eine gegenüber Dritten rechtswirksam gewordene (§. 123) anzusehen (R.O.H. XVII, 355). Ist aber die Gesellschaft erst wirksam gegenüber Dritten geworden, so ist §. 130 anwendbar, selbst bevor der neue Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist (R.O.H. XVII, 355; vgl. §. 123 Anm. IIo). Nicht ist daher für erforderlich zu erachten (wie Staub annimmt), daß auch nach dem Zutritt des neuen Gesellschafters die Gesellschaft in einer der im §. 123 gedachten Weisen nach außen wirksam geworden ist.

c. **Eintritt.** Der Eintritt in eine Gesellschaft setzt den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages seitens des neuen Gesellschafters mit allen übrigen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern voraus (§. 105 Anm. If); der neue Gesellschaftsvertrag kann aber, z. B. beim Erben, in der Unterwerfung unter einen bereits vom Erblasser für den Fall des Erbfalles geschlossenen Vertrag bestehen. Der Eintritt ist anzumelden (§. 107 Anm. Io). — Über den Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft §§. 173, 176 Abs. 2. — Den Fall des vollständigen Wechsels in der Person des Geschäftsinhabers behandeln die §§. 25—27.

II. **Firma.** Über das Recht zur Fortführung der Firma bestimmt §. 24.

III. **Haftung des neuen Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten.**

a. **Der neue Gesellschafter** haftet. Der §. 28 bestimmt unmittelbar nur über eine eintretende Haftung der Gesellschaft, und nur mittelbar folgt aus §. 128 auch die Gesamthaftung des neueintretenden Gesellschafters (§. 28 Anm. II). Im Falle des §. 130 ist eine Gesellschaftsverbindlichkeit schon vorhanden; sie bleibt unberührt durch den Eintritt des neuen Gesellschafters; der §. 130 bestimmt daher nur über die eintretende Haftung des neuen Gesellschafters. Diese soll die gleiche sein wie diejenige der anderen Gesellschafter (§. 129 Anm. Ia), eine Gesamthaftung der in §§. 128, 129 näher bestimmten Art. Die §§. 128, 129 bestimmen nur über die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; über die im inneren Verhältnis des Neueintretenden zu den bisherigen Gesellschaftern bestehende Verpflichtung zur Tilgung der bisherigen Gesellschaftsverbindlichkeiten bestimmt §. 130 nichts. Hierüber entscheidet das im Einzelfall bestehende Vertragsverhältnis.

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Der §. 28 bestimmt eine Haftung „für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten" des früheren Geschäftsinhabers. Der §. 130 enthält keine gleiche Beschränkung (vgl. §. 128 Anm. IIIa). Der neue Gesellschafter haftet auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten.

c. **Entgegenstehende Vereinbarung.** Der §. 28 legt einer gehörig bekannt gemachten abweichenden Vereinbarung Wirkung auch gegen Dritte bei. Der §. 130 dagegen erklärt ausdrücklich für den von ihm geregelten Fall eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung für unwirksam gegenüber Dritten (vgl. §. 128 Anm. IV).

d. **Forderungen der Gesellschaft.** Der §. 28 bestimmt den Übergang der Geschäftsforderungen auf die Gesellschaft. Im Falle des §. 130 stehen die Forderungen bereits der Gesellschaft zu; ein Übergang kann daher nicht stattfinden. Inwieweit der neue Gesellschafter sich gegenüber Dritten auf jene Gesellschaftsforderungen berufen kann, ist in beiden Fällen gemäß §. 129 Abs. 3 zu entscheiden.

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

I. Auflösung der Gesellschaft (§§. 131—137).

§. 131.

Auflösungsgründe.

Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;
2. durch Beschluß der Gesellschafter;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;
4. durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt;
5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;
6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

A.D.H. Art. 123 Abs. 1. **Entw. I** § 119. **Entw. II** §. 129.

§. 131.

I. **Auflösungsgründe.**

a. **Zeitablauf.** Nicht ausdrücklich erwähnt im B.G. bei den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag (Denkschr. 97), indessen aus der allgemeinen Bestimmung der §§. 163, 158 B.G. zu entnehmen, und im §. 723 B.G. vorausgesetzt. Eine nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft steht bezüglich des Rechts zur Kündigung und des Anspruchs auf gerichtliche Auflösung einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich (§. 134 H.G.B.). Die Zeit kann sowohl durch Bezugnahme auf den Kalender wie durch Hinweis auf ein anderweites Ereignis bestimmt werden (P. 1007). Wird der Eintritt des Ereignisses vereitelt oder beeinträchtigt, so sind §§. 163, 160, 161 B.G. maßgebend.

b. **Beschluß der Gesellschafter.** Nicht erwähnt im B.G. bei den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag (Denkschr. 97); ein solcher Beschluß enthält einen Vertrag auf Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses (§. 305 B.G.). Deshalb ist an sich Einstimmigkeit zu fordern (so Litthauer §. 131 Anm. b; vgl. oben §. 119 Anm. I). Indessen wird aus der Fassung des §. 131 Ziff. 2 zu schließen sein, daß im Zweifel der Gesellschaftsvertrag dahin ausgelegt werden soll, daß die gemäß demselben zu sonstigen Beschlußfassungen ermächtigten Gesellschafter auch zu Auflösungsbeschlüssen ermächtigt sein sollen. Wird der Gesellschaftsvertrag so ausgelegt, so enthält der Auflösungsbeschluß keine Änderung des Gesellschaftsvertrages, und demgemäß ist dann §. 119 H.G.B. maßgebend für die Erfordernisse der Beschlußfassung, unter Umständen daher ein Mehrheitsbeschluß genügend. Über den Fall der Umwandelung vgl. unten Anm. Ii.

c. **Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen.** Nicht erwähnt im B.G., da über das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft des B.G. kein selbständiger Konkurs eröffnet werden kann. Über den Gesellschaftskonkurs der offenen Handelsgesellschaft vgl. §. 124 Anm. IIf. Über die Zulässigkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Aufhebung oder Einstellung des Konkursverfahrens bestimmt §. 144.

d. **Tod eines Gesellschafters.** Der Tod eines Gesellschafters bewirkt die Auflösung der Gesellschaft nur sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt. Ebenso B.G. §. 727 Abs. 1. Über die Pflicht der Erben und der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge bestimmt H.G.B. §. 137 Abs. 1. Der Fall, daß nach dem Gesellschaftsvertrage die Auflösung nicht eintreten soll, ist geordnet in den §§. 138, 139. Über den Fall eines nur thatsächlichen Fortbetriebes des Handelsgewerbes für die Gemeinschaft der Miterben oder für eine fortgesetzte Gütergemeinschaft vgl. §. 105 Anm. Id2. — Die eintretende rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (namentlich infolge Entmündigung) bewirkte nach dem bisherigen Art. 123 Ziff. 3 A.D.H. die Auflösung der Gesellschaft. Eine entsprechende Bestimmung ist in das H.G.B. nicht aufgenommen. Die Unfähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung bildet daher fortan nicht mehr einen besonderen Auflösungsgrund, vielmehr nur einen wichtigen Grund zur Auflösung durch gerichtliche Entscheidung gemäß §. 133 (Denkschr. 97).

e. **Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Ebenso B.G. §. 728. Über die Pflicht der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge bestimmt H.G.B. §. 137 Abs. 2. Über das Recht der übrigen Gesellschafter auf Fortsetzung der Gesellschaft oder des allein übrigen Gesellschafters auf Übernahme des Geschäfts §§. 138, 141 Abs. 2, 142 Abs. 2. Ist vereinbart, daß die Gesellschaft zu einem künftigen Zeitpunkt beginnen soll, und wird vorher Konkurs über das Vermögen eines der künftigen Gesellschafter eröffnet, so hindert dies den Eintritt jenes Gesellschafters in die Gesellschaft; die Gesellschaft kommt dann nicht zu stande (R.G. XXXIX, 169), es sei denn, daß entsprechend dem §. 138 die übrigen Gesellschafter nur unter sich

die Gesellschaft begründen. Über das Recht aller Gesellschafter nach Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs oder nach Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen, §. 144. Über die Veränderung in der gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestehenden Haftung des Gesellschafters durch Konkurseröffnung über dessen Vermögen, wenn auch über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet ist, vgl. §. 129 Anm. IId. Über die Auseinandersetzung zwischen der Konkursmasse des Gesellschafters und den übrigen Gesellschaftern bestimmt die Konkursordnung.

§. 16 Abs. 1. „Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens."

§. 51. „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung öder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen."

Nicht (mindestens nicht unmittelbar) anwendbar ist:

§. 28 K.O. „Wird eine nach §. 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangene Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so ist der geschäftsführende Gesellschafter in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach §. 728 Satz 2 B.G. zustehen, Massegläubiger, in Ansehung der ihm nach §. 729 B.G. zustehenden Ansprüche, unbeschadet der Bestimmung des §. 51, Konkursgläubiger."

Die Nichtanwendbarkeit des §. 28 K.O. auf die offene Handelsgesellschaft ergiebt sich aus der Beschränkung auf „eine nach §. 705 B.G. eingegangene Gesellschaft" (über die gleiche Redewendung in §§. 736 und 859 C.P.O. vgl. §. 124 Anm. IIe bezw. §. 105 Anm. Ig 1) und aus der Erwähnung nur der §§. 728, 729 B.G., trotzdem die §§. 136, 137 H.G.B. entsprechende Bestimmungen enthalten. Hiernach wird wohl als gewollt anzusehen sein, daß auch eine entsprechende Anwendung auf diejenigen Ansprüche ausgeschlossen sein soll, welche die offene Handelsgesellschaft gegen die in Konkurs befindlichen Gesellschafter durch die einstweilige Fortführung der Geschäfte seitens ihres geschäftsführenden Gesellschafters erwirbt. Dagegen wird eine entsprechende Anwendung wohl zuzulassen sein insoweit man überhaupt (§. 128 Anm. IIa 3) annimmt, daß bei der offenen Handelsgesellschaft der geschäftsführende Gesellschafter Ansprüche aus der Geschäftsführung unmittelbar gegen seinen Mitgesellschafter geltend machen kann.

Über die Folge des Eintritts der rechtlichen Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung vgl. Anm. Id.

f. **Kündigung.** Vgl. §. 132. Über Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters §§. 135, 141, 142 Abs. 2. Die Kündigung eines vom Kündigenden für verbindlich angesehenen Vertrages ist zu unterscheiden von der Erklärung, daß der Erklärende den Vertrag nicht für verbindlich erachte (R.O.H. X, 434).

g. **Gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grunde.** Vgl. §. 133. Einen solch wichtigen Grund können insbesondere bilden der Eintritt der Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (oben Anm. Id) und ferner die Erreichung des Gesellschaftszwecks oder die Unmöglichkeit hierzu (§. 133 Anm. Id).

h. **Verminderung der Zahl der Gesellschafter bis auf einen.** Diese Verminderung kann auf jedem der zu a, b, d, g genannten Gründe beruhen. Während aber in jenen Fällen eine Auflösung zwar eintreten kann, aber nicht eintreten muß, da unter bestimmten Umständen an die Stelle der Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft treten kann, so tritt bei Verminderung der Gesellschafterzahl bis auf einen die Auflösung stets ein (P. 249, 1009—1011, Johow IV, 39, XI, 36, R.O.H. XI, 160, R.G. VII, 121, XXVI, 258) weil eine Gesellschaft mit einem Gesellschafter nach der Be-

griffsbestimmung der Gesellschaft (B.G. §. 705) unmöglich ist. Daß eine Auflösung in diesem Falle stets eintreten muß, ist vorausgesetzt in §. 142. Hierin ändert sich nichts, wenn demnächst wieder eine Gesellschaft an die Stelle des allein zurückgebliebenen Einzelkaufmanns tritt und das Geschäft der früheren Gesellschaft übernimmt. Zweifelhaft ist (§. 130 Anm. Ia) ob eine Auflösung oder eine Fortsetzung anzunehmen ist, wenn aus einer bisherigen Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen austreten und gleichzeitig neue Personen als Gesellschafter hinzutreten. Für bestimmte Fälle des Ausscheidens ist in §. 142 verordnet, daß der einzige übrige Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden könne bezw. berechtigt sei, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

i. **Umwandelung in andere Gesellschaftsform.** Ebenso wie die Umwandelung aus der Form eines Gesellschaftsbetriebes in die Form eines Einzelkaufmannsbetriebes (Anm. Ih) eine Auflösung der Gesellschaft enthält, kann auch die Umwandelung aus der Form einer offenen Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaftsform eine Auflösung der offenen Handelsgesellschaft herbeiführen. Jedoch nur in gewissen Fällen tritt infolge von Umwandelung eine Auflösung ein; in anderen nicht. Daß Auflösung erfolge, ist z. B. angenommen worden für den Fall der Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Johow XV, 39; vgl. Denkschr. 103), bei Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Gewerkschaft (Johow XIII, 220) und (nach bisherigem Recht) bei Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft durch unter Lebenden erfolgte Beschränkung der Haftung eines bisher persönlich haftenden Gesellschafters auf einen Kommanditanteil (R.G. XXXII, 47; dagegen vgl. unten). Entsprechend bei Umwandelung einer A.G. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. betr. G. m. b. H., R.G.Bl. 1898 S. 846, §. 80). Vgl. auch §. 307 H.G.B., der indessen nur voraussetzt, daß in dem betreffenden Fall die A.G. durch Umwandelung aufgelöst wird, nicht aber bestimmt, daß die Umwandelung einer A.G. stets eine Auflösung enthalte. Daß keine Auflösung erfolge, sondern die bisherige Gesellschaft, wenn auch in veränderter Form, fortbestehe, ist vorausgesetzt bei Umwandelung einer Genossenschaftsform in eine andere Genossenschaftsform (Genossenschaftsgef. §. 143, R.G.Bl. 1898 S. 810), es ist ausdrücklich bestimmt für die Umwandelung einer K.A.G. in eine A.G. (§. 333 Abs. 3 H.G.B.) und für die Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft durch Neueintritt eines Kommanditisten (§§. 173, 176 Abs. 2, 162 Abs. 3) und durch das Verbleiben des Erben eines persönlich haftenden Handelsgesellschafters in der Stellung als Kommanditist (§. 139 Abs. 1, 4). Aus dieser Zusammenstellung ergiebt sich, daß im Gesetz kein allgemein anwendbarer Grundsatz darüber angenommen ist, ob die Umwandelung eine Auflösung enthalte. Soweit das Gesetz für den einzelnen Fall bestimmte Vorschriften enthält, sind diese maßgebend. Für diejenigen Fälle, über die das Gesetz nicht bestimmt, wird anzunehmen sein, daß eine Umwandelung keine Auflösung enthält, wenn wesentliche Teile der bisherigen Gesellschaftsform auch in die neue Gesellschaftsform übernommen werden, so z. B. bei Umwandelung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft in der Weise, daß mindestens einer der bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter in der Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft verbleibt (ebenso Denkschr. 112; dagegen nach bisherigem Recht R.G. XXXII, 47); ebenso bei Umwandelung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft durch Ausscheiden der Kommanditisten (vgl. §. 162 Abs. 3).

II. **Auflösung** der Gesellschaft. Mit der Auflösung beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist für Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§. 159). An die Auflösung knüpft sich die Liquidation (§§. 145 ff.), das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen (§. 124 Anm. II f) oder die sonst vereinbarte Art der Auseinandersetzung

zwischen den Gesellschaftern (§§. 145, 158). Für alle Fälle der Auflösung bestimmt B.G. §. 730 Abs. 2 Satz 1:

„Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert."

Die Firma erlischt durch die Auflösung noch **nicht** (§§. 148 Abs. 3, 157 Abs. 1; vgl. auch §. 24). Auch während der Liquidation finden in wesentlichen Beziehungen die für eine bestehende Gesellschaft geltenden Regeln Anwendung (§. 156). Ebenso im Verhältnis zu Dritten bei Auseinandersetzung ohne Liquidation, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden (§. 158). Die Gesellschaft gilt als fortbestehend insoweit vorläufige Fürsorge bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters eintritt (§. 137). Ist die Auflösung anders als durch Kündigung erfolgt, so gilt die Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß (§. 136). Da die Auflösung eintragungspflichtig ist (§§. 143, 32), so kann sie — soweit nicht im Fall des Gesellschaftskonkurses die Vorschriften der Konkursordnung eingreifen (§. 32 Satz 4) — **Dritten nur gemäß** §. 15 entgegengesetzt werden (vgl. R.O.H. XIX, 21). An den erworbenen Rechten Dritter wird durch die Auflösung allein nichts geändert (P. 4543). **Die Auflösung** hat mithin nicht die Bedeutung einer alsbaldigen Beendigung aller mit der Gesellschaft zusammenhängenden Beziehungen, **bewirkt** vielmehr **nur das Aufhören der „produktiven Seite"** (d. h. des auf einen **anderen** als den durch Abwickelung zu erzielenden Gewinn gerichteten Willens, §. 1 Anm. II G) **der Gesellschaft und das Erlöschen der Vertretungsbefugnis der bisherigen Gesellschafter**, während im übrigen die Gesellschaft bis zur Verteilung ihres Vermögens nach Tilgung der Schulden erhalten bleibt; dies gilt entsprechend selbst für den Fall der Auflösung durch Konkurs über das Gesellschaftsvermögen (P. 4543, R.G. XVI, 3, XXVII, 132, XXXIV, 362, R.G. in Strfs. XXVII, 12); ebenso auch für den Fall der Auflösung durch Tod eines Gesellschafters (R.G. XXVII, 95). Durch die Auflösung erlischt nicht schon die Mitgliedschaft der offenen Handelsgesellschaft in einer Genossenschaft (Johow XVI, 55; vgl. §. 177 Anm. IV). Insbesondere dauert trotz Auflösung die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens fort. Die Gegenstände, welche Eigentum der Gesellschaft waren, und die Forderungen, welche Teil des Gesellschaftsvermögens waren, gehen auf die einzelnen Gesellschafter nur durch besondere Übertragungshandlung über, wobei die hierfür etwa vorgeschriebenen Formen zu beachten sind (Denkschr. 81). In dieser Beziehung gilt Entsprechendes wie bei Einlegung von Gesellschaftersachen und Gesellschafterforderungen in die Gesellschaft (§. 111 Anm. I a).

III. **Fortbestehen** (= Fortsetzung) der Gesellschaft. Nach dem Sprachgebrauch des H.G.B. ist zu unterscheiden zwischen einerseits Auflösung der Gesellschaft mit Übernahme des Geschäfts durch einen oder einige der bisherigen Inhaber und andererseits Fortbestehen der (d. h. **derselben**) Gesellschaft trotz Wechsels der Inhaber. Dagegen ist „Fortbestehen" und „Fortsetzung" als gleichbedeutend gebraucht.

Das H.G.B. erweitert gegenüber dem bisherigen Recht die Fälle, in denen ein Fortbestehen der Gesellschaft angenommen wird. Die Gesellschaft besteht fort bei Eintritt einzelner Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (§§. 130, 173, 176; über das Erfordernis eines neuen Gesellschaftsvertrages vgl. §. 130 Anm. I c). Trotz Ausscheidens von Gesellschaftern besteht die Gesellschaft fort in den Fällen der §§. 138—141, so lange nicht die Zahl der Gesellschafter auf einen sinkt (Anm. I h). Auch eine **bereits aufgelöste** Gesellschaft kann fortgesetzt werden (Denkschr. 102; für A.Gen. vgl. §. 307). So bei stillschweigender Fortsetzung nach Zeitablauf (§. 134), bei Verlängerung durch Beschluß der Gesellschafter (so lange nicht Auflösung durch **Ummandelung** vorliegt, Anm. I i), ferner auch wenn nach Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs und Aufhebung des Kon-

kurses infolge Zwangsvergleichs oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen wird (§. 144). Nur durch Beschluß aller bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter (oder — was dem gleichsteht — durch Vertrag der Erben eines verstorbenen Gesellschafters mit den übrigen Gesellschaftern; Bolze Bd. 11 Nr. 264, Cosack S. 570) kann eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt werden (Denkschr. 102); nicht — abgesehen von den ausdrücklich in §§. 138, 140, 141 geregelten Ausnahmefällen — durch Beschluß nur einiger der früheren Gesellschafter (Staub Art. 127 §. 5). Fassen einige der früheren Gesellschafter einen unzulässigen Beschluß dieses Inhalts, so kann dies unter Umständen als Errichtung einer neuen Gesellschaft ausgelegt und so aufrecht erhalten werden (R.O.H. VI, 113). Nach begonnener Liquidation kann nur gemäß Beschluß aller Beteiligten (§ 146 Anm. IIIb) die Fortsetzung der Gesellschaft erfolgen (§. 175 Abs. 2). — Über die Fälle, in denen die Gesellschaft zwar nicht fortbesteht, aber in verschiedenem Umfange als fortbestehend gilt, vgl. oben Anm. II. — Wird eine Gesellschaft ohne Auflösung fortgesetzt, so entfällt damit die Notwendigkeit einer besonderen Übertragung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens auf die fortgesetzte Gesellschaft; die früheren Gesellschaftsgläubiger können sich aus dem Gesellschaftsvermögen der fortgesetzten Gesellschaft befriedigen (Denkschr. 112); es beginnt keine Verjährung gemäß §. 159 zu Gunsten der in der fortgesetzten Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter; die fortgesetzte Gesellschaft kann die alte Firma beibehalten.

§. 132.

Kündigungsfrist.

Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

A.D.H. Art. 124. **Entw. I** §. 120. **Entw. II** §. 130.

§. 132.

I. **Unbestimmte Zeit.** Vgl. 66 Anm. I. Diesem Fall steht gleich der Fall einer auf Lebenszeit geschlossenen oder nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft (§. 134). Eine auf bestimmte Zeit geschlossene offene Handelsgesellschaft wird durch Zeitablauf ohne Kündigung aufgelöst (§. 131 Anm. Ia), kann jedoch fortgesetzt werden (§. 134).

II. **Kündigung.** Vgl. §. 66 Anm. II. Die Kündigung muß den anderen Gesellschaftern erklärt werden; eine an die Gesellschaft gerichtete Kündigung ist nur dann genügend, wenn sie noch rechtzeitig zur Kenntnis sämtlicher Gesellschafter gelangt (R.G. XXI, 95, §. 130 B.G.).

III. Kündigungs**frist.** Für die Berechnung der Frist sind die Auslegungsregeln der §§ 187 ff. B.G. zu beachten. Die rückwärts zu rechnende Frist beginnt mit dem Beginn des Tages, welcher dem Tage folgt, dessen Ende den Schluß des Geschäftsjahres bildet, also wenn das Geschäftsjahr am 31. März schließt, mit dem Beginn des nächsten 1. April. Mithin endet nach §. 187 Abs. 2, 188 Abs. 2, 3 B.G. in dem vorgedachten Falle die Frist mit dem Schlusse des 30. September. Binnen der Frist muß die Erklärung allen Erklärungsempfängern zugehen (B.G. §. 130). Geschäftsjahr vgl. §. 120 Anm. Ia. — Das H.G.B. weicht hier vom B.G. ab. Die auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft des B.G. ist jederzeit (nicht nur zum Schluß des Geschäftsjahrs) und ohne Frist (nicht nur mit sechsmonatlicher Frist) kündbar (B.G. §. 723 Abs. 1). Der §. 723 Abs. 2 B.G. gilt nicht etwa neben den Bestimmungen des H.G.B., sondern ist durch §§. 133, 134 ersetzt; mithin ist eine Kündigung auch zur Unzeit zulässig (M. 67).

IV. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen.** Der §. 723 Abs. 3 B.G. bestimmt: „Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.“

Diese Bestimmung trifft überhaupt nicht den Fall, daß eine Beschränkung des Kündigungsrechts durch Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist erfolgt (dies ergiebt sich aus einer Vergleichung mit §. 723 Abs. 1 Satz 3). Eine vertragliche Verlängerung der sechsmonatlichen Kündigungsfrist des §. 132 ist daher wirksam, so lange nicht die Grenzen überschritten werden, jenseits deren die Vertragsbestimmung wegen unsittlicher Beschränkung der Willensfreiheit nichtig werden würde (§. 138 B.G.). Dies entspricht auch der Zulässigkeit von Gesellschaftsverträgen auf bestimmte, beliebig lange Zeit (anders bei Dienstverträgen §. 624 B.G.).

Soweit die Bestimmung des §. 723 Abs. 3 B.G. reicht, ist sie für anwendbar auf offene Handelsgesellschaften neben der Bestimmung in §. 133 Abs. 3 H.G.B. (welche nur das Recht auf Auflösung aus wichtigem Grunde betrifft) zu erachten. Für unmittelbar anwendbar, insoweit sie eine Vereinbarung für nichtig erklärt, durch welche das Kündigungsrecht vollständig ausgeschlossen wird. (Eine solche Bestimmung ist ohnedies erforderlich zur sinngemäßen Ergänzung der Vorschrift des §. 134 über Gesellschaften auf Lebenszeit.) Für entsprechend anwendbar (das „diesen Vorschriften zuwider" weist zurück auf die Absätze 1 und 2, die auf offene Handelsgesellschaften nicht anwendbar sind), insoweit §. 723 Abs. 3 B.G. die weiter als gesetzlich bestimmte Beschränkung des Kündigungsrechts (in anderer Weise als durch Verlängerung der Kündigungsfrist) für nichtig erklärt (dagegen Staub, Suppl. Art. 124, anscheinend auch Litthauer §. 132 Anm. a). So ist z. B. nichtig die Beschränkung, daß die Zulässigkeit der Kündigung von einem Beschluß der Gesellschafter abhängen solle (R.G. XXI, 94). — Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteiles vgl. §. 67 Anm. II.

§. 133.

Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grunde.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

A.D.H. Art. 125. **Entw. I** §. 121. **Entw. II** §. 131.

§. 133.

I. **Auflösung aus wichtigem Grunde.**

a. **Auflösung.** Vgl. §. 131 Anm. II. Die vorzeitige Auflösung ist zulässig sowohl bei einer auf bestimmte Zeit wie bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft.

b. **Antrag eines Gesellschafters.** Darin, daß nur der Antrag eines Gesellschafters, nicht aller übrigen, verlangt wird, liegt ein Unterschied von den Anträgen auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht (§. 117 Anm. Ib, §. 127 Anm. II).

c. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. §. 117 Anm. Id. Auch einstweilige Verfügung ist zulässig (L.G. I Berlin v. 7. August 1891, Bl. f. Rpfl. S. 115). Hierin liegt eine

Abweichung von §. 723 B.G., der für die Auflösung der Gesellschaft des B.G. die fristlose Kündigung eines Gesellschafters für genügend erklärt.

d. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 70 Anm. I, §. 117 Anm. Ie, §. 140 Anm. Ib, §. 146 Anm. IIIc. Während in §. 117 und §. 127 als Beispiele eines wichtigen Grundes für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht „grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung" genannt sind, ist in §. 133 Abs. 2 eine andere (dem §. 723 B.G. entsprechende) Fassung gewählt. Eine erhebliche sachliche Verschiedenheit ist aus der Fassung nicht zu entnehmen. Im allgemeinen wird aber für die Herbeiführung der Auflösung ein erheblicherer Grund als für die bloße Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht zu erfordern sein. Die in §. 133 Abs. 2 erwähnte Unmöglichkeit der Erfüllung umfaßt (bei Zugrundelegung des Sprachgebrauches im B.G.) sowohl thatsächliche wie rechtliche Unmöglichkeit. „Neben den in §. 133 Abs. 2 genannten Beispielen kommt unter anderem auch der Fall in Betracht, daß einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung oder zur Vertretung der Gesellschaft wider seinen Willen entzogen wird; eine derartige Maßregel kann dem davon betroffenen Gesellschafter, namentlich wenn denselben kein Verschulden trifft, das Recht geben, die sofortige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen" (Denkschr. 98). Einen wichtigen Grund wird in der Regel bilden die Erreichung des Gesellschaftszwecks oder die Unmöglichkeit seiner Erreichung (Denkschr. 97, K.B. 56, P. 235; abweichend §. 726 B.G., wonach in beiden Fällen ohne weiteres die Gesellschaft endigt), ferner kann ein solcher Grund liegen im Eintritt der rechtlichen Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (§. 131 Anm. Id). Der Art. 125 hatte als Beispiele für wichtige, die Auflösung rechtfertigende Gründe aufgeführt:

„1. wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zwecks unmöglich wird." — Jetzt anwendbar ohne die Beschränkung auf äußere Umstände.

„2. wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt." — Vgl. jetzt §. 133 Abs. 2.

„3. wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt." — Jetzt in der Regel (§. 133 Abs. 1) nur, wenn dies vorsätzlich oder grob fahrlässig geschieht (§. 133 Abs. 2).

„4. wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht." — Vgl. jetzt §. 133 Abs. 2.

„5. wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird." — Vgl. jetzt §. 133 Abs. 2.

Diese Aufzählung ist als entbehrlich nicht wiederholt (Denkschr. 98). Die Weigerung eines Gesellschafters, die versprochene Einlage zu leisten, ist geeignet, einen wichtigen Grund zur Auflösung zu geben (R.O.H. X, 436; vgl. auch §. 111 Anm. VI). Verluste am Einlagekapital rechtfertigen die Auflösung nur wenn sie erheblich und unvorhergesehen sind, und wenn eine Besserung des Geschäftsganges nicht zu erwarten, mithin die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich geworden ist (vgl. Centralorgan 1863 S. 121). Unter besonderen Umständen kann auch die Anstellung einer ungerechtfertigten Klage seitens eines Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter den letzteren einen wichtigen Grund zum Antrag auf Auflösung geben (R.O.H. XX, 268). Beleidigende Äußerungen bilden einen wichtigen Auflösungsgrund, wenn sie derart sind, daß dem Beleidigten ein weiteres Zusammenarbeiten mit dem Beleidiger nicht zugemutet werden kann (R.O.H. XI, 266; vgl. auch §. 71 Ziff. 4, §. 72 Ziff. 4). Ebenso bei sonstigen Ehrverletzungen (vgl. R.O.H. XXIV, 308). Thätlichkeiten, selbst wenig erhebliche, geben sogar dem Handlungsgehilfen Grund zu fristloser Kündigung (§. 71 Ziff. 4); umsomehr einem Gesellschafter Grund zur Auflösung (vgl.

R.O.H. XXIV, 310). Wichtige Gründe können nicht nur solche sein, die auf dem Verschulden eines Gesellschafters beruhen oder überhaupt in dessen Person liegen; es ist auch nicht erforderlich, daß eine einzelne Thatsache für sich als durchschlagend hervortritt; verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen, und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt wird (R.G. XXIV, 137). — Ob der Gesellschafter, in dessen Person der Auflösungsgrund entstand, schadensersatzpflichtig ist, muß nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden (R.O.H. XVII, 367; ein Fall beiderseitigen Verschuldens in R.O.H. XXIV, 310).

II. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen.** Nach §. 133 Abs. 3 sind Vereinbarungen, welche das Recht auf Auflösung ausschließen oder den Vorschriften des Abs. 1 und 2 zuwider beschränken, nichtig. Diese Vorschrift ersetzt für offene Handelsgesellschaften zum Teil den §. 723 Abs. 3 B.G. Über Vereinbarungen, welche den Kündigungsvorschriften des §. 132 zuwiderlaufen, vgl. §. 132 Anm. IV. Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteiles vgl. §. 67 Anm. II.

§. 134.

Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft.

Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§. 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.

A.D.H. Art. 123 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2. **Entw. I** §. 120. **Entw. II** §. 132.

§. 134.

I. **Verhältnis zu §. 724 B.G.** Die Vorschrift des §. 134 H.G.B. entspricht derjenigen des §. 724 B.G.

II. **Gesellschaft auf Lebenszeit.** Eine auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossene Gesellschaft ist nicht nur von demjenigen, auf dessen Lebenszeit sie abgeschlossen ist, sondern auch von jedem der anderen Gesellschafter kündbar (R.G. XX, 166). Ein in der Form einer Gesellschaft auf Lebenszeit abgeschlossener Vertrag kann unter Umständen als Leibrentenvertrag mit einer durch die Höhe des jedesmaligen Geschäftsgewinns beeinflußten Rente aufzufassen sein und untersteht dann nicht den Regeln des Gesellschaftsvertrages, sondern des Leibrentenvertrages (R.G. XX, 165, §. 759 ff. B.G.; vgl. §. 105 Anm. I d 1).

III. **Stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft.** Fortbestehen vgl. §. 131 Anm. III. Der §. 134 behandelt nur die auf Zeit eingegangene Gesellschaft (§. 131 Ziff. 1). Keine fortgesetzte, sondern eine neue Gesellschaft liegt vor, wenn nach dem Tod eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter in Gesellschaft bleiben und das frühere Geschäft fortsetzen, ohne daß der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Bestimmung enthielt (R.O.H. VI, 113).

§. 135.

Kündigung durch Privatgläubiger.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf das=

jenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen.

A.D.H. Art. 126. **Entw. I** §. 122. **Entw. II** §. 133.

§. 135.

I. **Privatgläubiger eines Gesellschafters** ist auch derjenige Gläubiger, der den Gesellschafter auf Grund dessen Gesamthaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nimmt. Vgl. §. 145 Abs. 2, §. 146 Abs. 2: „Gläubiger". Das „Privat" ist in der That überflüssig.

II. **Erfolglos versuchte Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen innerhalb der letzten sechs Monate.**

a. **Ohne Erfolg** ist die Vollstreckung versucht, so lange sie nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat.

b. **Versucht.** Es ist nicht erforderlich, daß die Vollstreckung gerade von dem demnächst Kündigenden selbst versucht worden ist (Denkschr. 98).

c. **Zwangsvollstreckung.** Die Ladung zum Offenbarungseid ist nicht vorgeschrieben (Staub). Unerheblich ist, ob die Zwangsvollstreckung auf Grund eines vorläufig oder eines endgiltig vollstreckbaren Titels erfolgt ist.

d. **In das bewegliche Vermögen des Gesellschafters.** Eine Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist nicht erforderlich (Denkschr. 98), aber auch nicht genügend. Das bewegliche Vermögen umfaßt in dem hier maßgebenden Sinne der C.P.O. §. 803 ff. körperliche Sachen, Forderungen und andere ähnliche Vermögensrechte. Die Fassung des §. 135 H.G.B. unterscheidet sich in dieser Beziehung von dem für die Vorausklage bei der Bürgschaft maßgebenden §. 772 B.G., der eine Vollstreckung in die „beweglichen Sachen" fordert. Eine Vollstreckung in das Vermögen des Gesellschafters ist erforderlich; eine Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft fällt nicht hierunter (§. 105 Anm. I g 2, 3).

e. **Innerhalb der letzten sechs Monate.** Dieser Zeitraum ist von der Pfändung und Überweisung (d. h. von der Zustellung des diesbezüglichen Beschlusses an die Gesellschaft, §. 829 Abs. 3 C.P.O.), nicht von der Kündigung an rückwärts zu rechnen (Denkschr. 98). Die Zeitbeschränkung ist in Anlehnung an §. 66 Genossenschaftsges. (R.G.Bl. 1898 S. 810) neu eingeführt (Denkschr. 98). Über die Berechnung der Frist vgl. §§. 186, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 B.G.

III. **Pfändung und Überweisung auf Grund endgiltig vollstreckbaren Schuldtitels.** Der §. 135 behandelt nur den Fall der Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Dieser Anspruch ist frei übertragbar (§. 717 B.G.), mithin auch pfändbar (§. 105 Anm. I f 2). Die Pfändung und Überweisung des Gewinnanteils ist gleichfalls zulässig (§. 717 B.G., §. 105 Anm. I f 2), giebt aber nicht die Rechte aus §. 135 H.G.B. Wird der „Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen" gepfändet und überwiesen (§. 105 Anm. I g 1), so ist dies auszulegen als eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt oder dieses Anspruchs und außerdem anderer (übertragbarer) Ansprüche des Gesellschafters an die Gesellschaft (§. 105 Anm. I f 2); jedenfalls giebt daher auch eine solche Pfändung und Überweisung die Rechte aus §. 135, außerdem aber während bestehender Gesellschaft nur die Rechte auf den Gewinnanteil (§. 725 Abs. 2 B.G. entsprechend angewendet; unten Anm. VI). Der §. 135 behandelt nur die Pfändung eines Anspruchs, der „dem Gesellschafter" zusteht. Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist daher, daß zur Zeit der Pfändung und Überweisung der Schuldner noch Gesellschafter ist. Eine Kündigungsbefugnis steht daher dem-

jenigen nicht zu, der die Forderung des früheren Gesellschafters pfänden und sich überweisen läßt, welche diesem gegen die Gesellschaft auf Grund der bereits bewirkten oder der noch zu bewirkenden Auseinandersetzung zusteht.

IV. **Kündigung mit sechsmonatlicher Frist zum Schluß des Geschäftsjahrs.** Über Kündigung und Kündigungsfrist vgl. §. 132 Anm. II, III. Die Kündigung ist nicht nur bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft zulässig, in welchem Falle sie (mangels vertraglicher Verlängerung der Kündigungsfrist, §. 132 Anm. IV) auch dem schuldenden Gesellschafter selbst in gleicher Weise zustehen würde (§. 132), sondern ebenfalls bei einer für bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft vor Zeitablauf. In letzterer Beziehung werden daher dem Gläubiger des Gesellschafters größere Rechte eingeräumt, als der Gesellschafter selbst hat (P. 4526, 4653). Eine im Gesellschaftsvertrage bestimmte Verkürzung der Kündigungsfrist eines Gesellschafters (§. 132 Anm. IV) kommt auch dem Gläubiger zu Gute. Zu einer anderweiten Bestimmung des Zeitpunkts der Auflösung nach erfolgter Kündigung des Privatgläubigers ist ein Vertrag zwischen dem Privatgläubiger, dem schuldenden Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern erforderlich.

V. **Wirkung der Kündigung.**

a. **Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Gesellschafters.** Als Regel tritt die Auflösung der Gesellschaft ein (§ 135, §. 131 Ziff. 6). Die übrigen Gesellschafter können jedoch dem Gläubiger erklären, daß unter ihnen die Gesellschaft fortbestehen solle; dann scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus (§. 141 Abs. 1).

b. **Liquidation und Auseinandersetzung.** Wird die Gesellschaft aufgelöst (machen also die übrigen Gesellschafter nicht von dem Ausschließungsrecht Gebrauch), so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers unterbleiben (§. 145 Abs. 2). Wird eine solche Zustimmung nicht erteilt, so muß daher die Liquidation erfolgen trotz etwaiger gegenteiliger Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder sonstiger diesbezüglicher Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter mit dem Schuldner des pfändenden Gläubigers. Über die Rechte des Gläubigers bei Ernennung und Abberufung von Liquidatoren vgl. §. 146 Abs. 2, §. 147. Wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, so stehen bei der Auseinandersetzung dem Privatgläubiger gegenüber den übrigen Gesellschaftern nur dieselben Mitwirkungsrechte (§§. 738, 740 B.G.) zu, welche dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugestanden haben würden. Entsprechend dem §. 145 Abs. 2 ist anzunehmen, daß auch in dieser Beziehung die Rechte des Gläubigers nicht durch Vereinbarungen der Gesellschafter beschränkt werden können. — Diese Selbständigkeit des dem Privatgläubiger zustehenden Rechts bezieht sich jedoch — bei Auflösung wie bei Ausscheiden — nur darauf, daß er die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens für die Auseinandersetzung und bestimmte Mitwirkungsrechte bei derselben in Anspruch nehmen kann. Etwaige Vereinbarungen aller Gesellschafter über sachliche Beschränkung des schuldenden Gesellschafters bezüglich dessen, was diesem bei einer Liquidation oder Auseinandersetzung zukommt, insbesondere auch etwaige Fristbestimmungen für die Auszahlung des Guthabens, binden auch den Privatgläubiger, soweit diese Vereinbarungen vor der Pfändung erfolgt sind.

c. **Einfluß einer Befriedigung des kündigenden Gläubigers.** Die Kündigung steht nur demjenigen zu, der noch zur Zeit der Kündigung „Gläubiger" ist. Die Kündigung ist daher unzulässig und wirkungslos, wenn der frühere Gläubiger vor der Kündigung wegen derjenigen Forderung befriedigt worden ist, wegen deren die Pfändung und Überweisung erfolgt war. Streitig ist (Staub Art. 126 §. 4), welche Wirkung eintritt, wenn die Befriedigung nach der Kündigung aber vor demjenigen Zeitpunkt erfolgt, für welchen gekündigt ist. Nicht anzuerkennen ist, daß (wie Staub annimmt) die Befriedigung ohne weiteres die Kündigung wirkungslos macht. Denn nachdem

einmal eine Kündigung erfolgt ist, haben die übrigen Gesellschafter ihrerseits ein Recht auf Auflösung und Ausschließung, welches ihnen nicht ohne ihr Einverständnis entzogen werden kann. Soll die Kündigung wirkungslos werden, so ist daher jedenfalls die Abgabe einer zweiten Erklärung zu verlangen, durch welche die Kündigung zurückgezogen wird. Ob eine solche Erklärung zulässig, ist nach Lage des Falles verschieden zu entscheiden. Ist der Privatgläubiger durch die übrigen Gesellschafter befriedigt worden, so erwerben sie seine Forderung; sie können daher die Kündigung zurückziehen ohne Genehmigung des schuldenden Gesellschafters. Der letztere hat in diesem Falle weder ein Recht auf Zurückziehung, noch ein Recht auf Aufrechthaltung der Kündigung; nicht sein Kündigungsrecht war ausgeübt worden, sondern das unabhängige (unter Umständen weitergehende) Kündigungsrecht des Privatgläubigers. Ist der Privatgläubiger durch den schuldenden Gesellschafter befriedigt worden, so kann dieser ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Kündigung nicht wirksam zurückziehen, ebenso wenig wie der Privatgläubiger dies könnte. Andererseits können die übrigen Gesellschafter in denjenigen Fällen, in denen der schuldende Gesellschafter aus eigenem Recht nicht hätte kündigen dürfen, auf Grund des Gesellschaftsvertrages verlangen, daß er nunmehr die Kündigung zurückziehe.

VI. **Verhältnis des §. 135 H.G.B. zu §. 725 B.G.** Der §. 725 B.G. lautet:

„Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen."

Der Abs. 1 §. 725 B.G. gilt für die offene Handelsgesellschaft nicht etwa neben dem § 135 H.G.B., sondern ist durch ihn ersetzt. So Denkschr. 98: „Die Vorschriften des §. 725 B.G., welche das Kündigungsrecht des Gläubigers in mehrfacher Hinsicht an leichtere Bedingungen knüpfen, sind für die offene Handelsgesellschaft nicht geeignet." An sich könnte man annehmen, der §. 725 B.G. behandele einen Fall, der von dem in §. 135 H.G.B. behandelten verschieden sei, ersterer die Pfändung eines „Anteils am Gesellschaftsvermögen", letzterer die Pfändung des „Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". In Wahrheit ist jedoch bei der offenen Handelsgesellschaft das letztere dasselbe wie das erstere oder wenigstens ein Teil des ersteren, jedenfalls nichts von jenem wesentlich Verschiedenes (§. 105 Anm. I f 2, g 1, 2, §. 135 Anm. III).

Der Abs. 2 §. 725 B.G. ist unmittelbar gleichfalls nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (a. M. Litthauer), denn „der Gläubiger" in Abs. 2 weist zurück auf „Gläubiger, der die Pfändung eines Anteils an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt" in Abs. 1. Immerhin ist die Bestimmung entsprechend anwendbar auf die (auch bei der offenen Handelsgesellschaft mögliche) Pfändung von Rechten aus dem Gesellschaftsvertrage. Der §. 725 Abs. 2 B.G. hat dann die Bedeutung, daß die Übertragbarkeit (§. 717 B.G.) und Pfändbarkeit (§. 851 Abs. 1 C.P.O.) solcher Rechte in etwas weiterem Umfange (nämlich aller Rechte soweit die übrigen Gesellschafter der Übertragung zugestimmt haben; §. 105 Anm. I f 3) zulässig ist als deren eigene Ausübung durch den Pfändenden nach Überweisung. Die eigene Ausübung des gepfändeten Anspruchs aus der Geschäftsführung (§. 717 B.G.) soll auch durch §. 725 Abs. 2 B.G. nicht ausgeschlossen werden; die engere Fassung des §. 725 Abs. 2 erklärt sich vielmehr wohl daraus, daß jener Anspruch nicht als Teil des Anteils am Gesellschaftsvermögen angesehen wird.

§. 136.

Geschäftsführung nach Auflösung.

Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die Befugniß eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß.

A.D.H. — **Entw. I** §. 124. **Entw. II** §. 135.

§. 136.

I. **Verhältnis zu §. 729 B.G.** Der §. 729 B.G. erwähnt die „einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung", während §. 136 H.G.B. von der „Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung" handelt. Im übrigen sind beide Vorschriften wörtlich gleichlautend. Der Unterschied beruht darauf, daß nach dem H.G.B. im Unterschiede vom B.G. die Geschäftsführungsbefugnis auch ohne Übertragung im Gesellschaftsvertrage dem einzelnen Gesellschafter zusteht (§. 115, Denkschr. 98). Der §. 136 H.G.B. ist nicht überflüssig neben den Bestimmungen über die Liquidation und die Befugnisse der Liquidatoren zur Geschäftsführung; denn einerseits sind die geschäftsführenden Gesellschafter und die Liquidatoren nicht immer dieselben Personen, und andererseits haben die Befugnisse beider bezüglich der Geschäftsführung einen verschiedenen Umfang (Denkschr. 98).

II. **Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis.** Geschäftsführungsbefugnis vgl. §. 114 Anm. I. Die Geschäftsführungsbefugnis (nicht auch die Geschäftsführungspflicht) gilt als fortbestehend bei Auflösung der Gesellschaft (wohl nicht entsprechend auch bei Ausscheiden des geschäftsführenden Gesellschafters), nur wenn die Auflösung nicht durch Kündigung (des Gesellschafters oder eines Privatgläubigers) erfolgt, nur zu Gunsten des geschäftsführenden Gesellschafters, und nur bis er die Auflösung kennt oder kennen mußte (= nur infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte; §. 122 B.G.).

III. **Fortdauer der Vertretungsmacht.** In dieser Beziehung sind für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches §§. 714, 169 B.G. maßgebend:

> §. 714. „Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten."
>
> §. 169. „Soweit nach den §§. 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zu Gunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß."

Für die offene Handelsgesellschaft sind sie nicht anwendbar; denn eine dem §. 714 B.G. entsprechende Vorschrift besteht nicht für die offene Handelsgesellschaft; daher bestimmt §. 136 H.G.B. nicht, wie mittelbar §. 729 B.G., auch über die Vertretungsmacht, und deshalb ist §. 169 B.G. nicht entsprechend auch auf §. 136 H.G.B. anwendbar. Für die offene Handelsgesellschaft folgen die Regeln über Fortdauer der Vertretungsmacht nach Auflösung vielmehr aus §§. 143, 15 H.G.B. und bei Auflösung durch Gesellschaftskonkurs aus §. 32 Satz 4 H.G.B., §§. 6, 7 K.O.

§. 137.

Einstweilige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod

unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der von ihnen zu besorgenden Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 123. **Entw. II** §. 134.

§. 137.

I. **Verhältnis zu §§. 727, 728 B.G.** Der §. 137 H.G.B. steht zu §§. 727 Abs. 2, 728 Satz 2 B.G. in demselben Verhältnis, wie §. 136 H.G.B. zu §. 729 B.G. (§. 136 Anm. I, Denkschr. 98).

II. **Auflösung der Gesellschaft.** Vgl. §. 131 Anm. II. Der §. 137 betrifft nur den Fall, daß infolge des Todes eines Gesellschafters oder des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft erfolgt, nicht auch die Fälle, daß gemäß der im Gesellschaftsvertrage enthaltenen diesbezüglichen Bestimmung die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht (§. 138) oder von ihnen mit den Erben des Verstorbenen fortzusetzen ist (§. 139), oder daß auch ohne diesbezügliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage die übrigen Gesellschafter das Fortbestehen beschließen und erklären (§. 141 Abs. 2).

III. **Tod eines Gesellschafters.**

a) **Pflicht des Erben.** Die in §. 137 vorgeschriebenen Handlungen gehören zur Verwaltung des Nachlasses. Im Verhältnis der Erben untereinander wären daher an sich die Handlungen von ihnen gemeinschaftlich vorzunehmen (B.G. §. 2038 Satz 1); da jedoch wohl immer die in §. 137 erwähnten Handlungen als „zur Erhaltung des Nachlasses notwendige" anzusehen sein werden, so kann auch jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen sie vornehmen (B.G. §. 2038 Satz 2). Für die Kosten haften die Miterben untereinander nach Verhältnis ihrer Anteile (B.G. §. 2038 Abs. 2, §. 748). Die im §. 137 dem Erben auferlegten Pflichten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (B.G. §. 1967 Abs. 2); nach außen, gegenüber den übrigen Gesellschaftern, haften daher mehrere Erben für die Erfüllung als Gesamtschuldner nach näherer Maßgabe der §§. 2058 ff. B.G. Erfüllen sie die Pflicht, so haften sie den übrigen Gesellschaftern und diese sowie die Gesellschaft ihnen wie Gesellschafter während bestehender Gesellschaft (§. 137 Abs. 1 Satz 3 H.G.B.). Da der Anfall der Erbschaft ohne weiteres (und nur vorbehaltlich des Ausschlagungsrechts) eintritt (B.G. §. 1942 Abs. 1), so ist auch derjenige Erbe, welcher demnächst die Erbschaft ausschlagen will, zur Vornahme berechtigt; schlägt er demnächst aus, so ist er gegenüber demjenigen, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (B.G. §. 1959). Die Pflicht des Erben ist eine doppelte: Anzeige vom Tod und — bei Gefahr im Verzuge — vorläufige Fortführung der vom Erblasser zu besorgenden Geschäfte. Die Fortführungspflicht dauert, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit dem (an Stelle des Erblassers zuzuziehenden; vgl. auch §. 146 Abs. 1 Satz 2) Erben anderweit Fürsorge treffen können.

b. **Pflicht der übrigen Gesellschafter.** Ihnen steht die Pflicht der vorläufigen Fortführung in gleichem Umfange wie dem Erben zu.

IV. **Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.** In diesem Falle besteht nur eine Fortführungspflicht der übrigen Gesellschafter, nicht eine Anzeige- oder Fortführungs-

pflicht des Konkursverwalters. Dagegen tritt letzterer bei Liquidation an die Stelle des Gesellschafters (§. 146 Abs. 3), und ohne seine Zustimmung kann die Liquidation nicht unterbleiben (§. 145 Abs. 2). Über die Geltendmachung der aus der vorläufigen Fortführung erwachsenden Ansprüche der Gesellschaft oder der Gesellschafter gegenüber der Konkursmasse des Gesellschafters vgl. §. 131 Anm. Ie.

V. **Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.**

a. **Fortbestehen** vgl. §. 131 Anm. III. Die Gesellschaft besteht im Fall des §. 137 nicht fort (oben Anm. II); sie gilt nur als fortbestehend. Das heißt: sowohl im Verhältnis nach innen wie im Verhältnis nach außen kommen die für eine bestehende Gesellschaft geltenden Regeln entsprechend zur Anwendung. Nach außen jedoch nur, soweit nicht aus §§. 143, 15 wegen unterlassener Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung etwas Gegenteiliges folgt.

b. **Insoweit.** Nur „insoweit" gilt die Gesellschaft als fortbestehend. Das heißt: die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht (letztere auch hier nur soweit aus §§. 143, 15 nichts Gegenteiliges folgt) bestehen nur innerhalb der Grenzen, welche durch die Beschränkung der Fürsorgepflicht gezogen sind.

II. Ausscheiden von Gesellschaftern (§§. 138—141).

§. 138.

Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus.

A.D.H. Art. 127. **Entw. I** §. 125. **Entw. II** §. 136.

§. 138.

I. **Verhältnis zu §. 736 B.G.** Der §. 138 H.G.B. weicht von dem §. 736 B.G. nur darin ab, daß ersterer denjenigen Zeitpunkt als den des Ausscheidens nennt, „in welchem mangels einer solchen Bestimmung (des Gesellschaftsvertrages) die Gesellschaft aufgelöst werden würde," während nach §. 736 B.G. das Ausscheiden mit dem Eintritt des Ereignisses stattfindet. Der Unterschied beruht darauf, daß §. 723 B.G. eine fristlose Kündigung zuläßt, während §. 132 H.G.B. eine Kündigungsfrist vorschreibt.

II. **Verhältnis zu §§. 139, 141 H.G.B.** Der §. 138 setzt voraus, daß im Gesellschaftsvertrage (d. h. ursprünglichen Vertrage oder späteren vertraglichen Festsetzungen; §. 109 Anm. II) eine Bestimmung über Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern getroffen ist, und bestimmt über die drei Fälle des Todes, des Konkurses eines Gesellschafters und der Kündigung durch einen Gesellschafter. Der §. 139 behandelt eine Vertragsbestimmung anderen Inhalts für den alleinigen Fall des Todes. Der §. 141 hat zur Voraussetzung, daß keine Vertragsbestimmung des in §. 138 erwähnten Inhalts getroffen ist, und bestimmt für die beiden Fälle der Kündigung durch einen Privatgläubiger und des Konkurses eines Gesellschafters.

III. **Ausscheiden.** Unter dieser Bezeichnung ist im H.G.B. — wie im B.G. — jedes Aufhören der Mitgliedschaft eines Gesellschafters trotz Fortbestehens der Gesellschaft begriffen; ins-

besondere sowohl der freiwillige Austritt wie die Ausschließung (Denkschr. 99). Anders im bisherigen A.D.H. Kein Ausscheiden liegt vor, wenn ein bisheriger Gesellschafter aufhört, persönlich haftend zu sein, aber als Kommanditist in der Gesellschaft verbleibt (§. 131 Anm. Ii); für die Auseinandersetzung und die Anmeldung zum Handelsregister (§. 143 Abs. 2, §. 162 Anm. III) kommen jedoch die Vorschriften über Ausscheiden auch in diesem Fall zur entsprechenden Anwendung. — Über die Anmeldungspflicht §. 143 Abs. 2 H.G.B. Über den Einfluß auf Fortführung der Firma §. 24 H.G.B. Über den Beginn der Verjährung der Ansprüche aus Gesellschaftsverbindlichkeiten §. 159 H.G.B.

IV. **Auseinandersetzung.** Über die Rechte und Pflichten des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung bestimmen die §§. 738—740 B.G.:

§. 738. „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des §. 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln."

§. 739. „Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen."

§. 740. „Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen."

Diese Vorschriften sind auch auf die offene Handelsgesellschaft anwendbar. Nur findet nicht, wie für die Gesellschaft des B.G. vorausgesetzt, die Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern, sondern zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft statt (§. 140 Abs. 2, R.G. VII, 94); auch die Bestimmung über das Zuwachsen des dem Ausscheidenden zustehenden „Anteils am Gesellschaftsvermögen" an die übrigen Gesellschafter ist nur entsprechend anwendbar (§. 105 Anm. Ig 2). — Die Klage auf Auseinandersetzung ist gegen die Gesellschaft zu richten, da der Ausgeschiedene seit dem Ausscheiden ihr als Dritter gegenübersteht (R.G. XXI, 95). Die Denkschr. 101 bemerkt: „Für den Auseinandersetzungsanspruch haften dem Ausgeschiedenen die in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter als Gesamtschuldner." Dies ist zutreffend; die Gesamthaftung ist jedoch nur eine solche für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß §. 128. Hieraus folgt, daß auch ein neueintretender Gesellschafter mit haftbar wird (§. 130). Zur Mitwirkung an den zur Herbeiführung der Auseinandersetzung erforderlichen Vorarbeiten, namentlich Feststellung des Inventars und der Bilanz, sind die Gesellschaft und der Ausgeschiedene gleichmäßig verpflichtet (R.G. XV, 82). Aus §. 114 Abs. 1 (worauf R.G. XV, 82 verweist) läßt sich dies indessen nicht herleiten, und mithin ist auch nicht (wie a. a. O. geschieht) eine gleichmäßige Berechtigung anzunehmen, da auf nichtgeschäftsführende Gesellschafter §. 114 Abs. 1 nicht Anwendung findet, und nach dem Ausscheiden der bisherige Gesellschafter höchstens die Stellung eines nichtgeschäftsführenden hat. Soweit daher der ausscheidende Gesellschafter nichtgeschäftsführend war, ist er bis zu

seinem Ausscheiden auf die Rechte aus §. 118 H.G.B. und, soweit die erforderlichen Arbeiten nicht vor dem Ausscheiden erledigt sind, auf die Rechte aus §. 810 B.G., §§. 45—47 H.G.B. beschränkt. Nach R.G. XV, 82 ist, wenn sich eine Verständigung der Parteien über die gemeinschaftliche Erledigung der erforderlichen Arbeiten nicht erzielen läßt, entsprechend dem §. 146 Abs. 2 ein Sachverständiger durch das Gericht zu ernennen behufs Fertigung jener Arbeiten auf Kosten der bisherigen Gesellschafter. Vgl. auch die Vorschriften über Sicherung des Beweises §. 485ff. C.P.O. Bezüglich der beim Ausscheiden schwebenden Geschäfte bestimmt B.G. §. 740 Abs. 2.

V. **Fortbestehen der Gesellschaft** unter den übrigen Gesellschaftern. Vgl. §. 131 Anm. III.

VI. **Verminderung der Gesellschafterzahl bis auf einen.** Der §. 138 ist nicht anwendbar, wenn infolge des Ausscheidens nur ein Gesellschafter übrig bleiben würde, denn in diesem Fall kann eine „Gesellschaft" nicht fortbestehen (§. 131 Anm. Ib). Wenn dieser Fall infolge Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters eintritt, ist jedoch nach §. 142 Abs. 2 der andere berechtigt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Tritt der Fall infolge Kündigung eines Gesellschafters oder infolge Todes ein, so wird die Vertragsbestimmung, daß „die Gesellschaft fortbestehen solle", in der Regel in gleicher Weise auszulegen sein.

§. 139.

Fortsetzung mit den Erben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnantheils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Theil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1 bis 4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Ver-

bleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnantheil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

A.D.H. — **Entw. I** §. 126. **Entw. II** §. 137.

§. 139.

I. **Bestimmung des Gesellschaftsvertrages.**

a. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. §. 109 Anm. II. Nicht genügend ist eine Bestimmung durch Testament. Doch ist §. 139 entsprechend anzuwenden, wenn auch die übrigen Gesellschafter durch das Testament gebunden sind, was bei gemeinschaftlichem Testament (§. 2271 B.G.), bei Annahme eines mit dieser Auflage beschwerten Vermächtnisses (§§. 1940, 2194 B.G.) und in ähnlichen Fällen vorkommen kann. — Über Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter unmittelbar mit dem Erben über Fortsetzung der Gesellschaft, vgl. §. 131 Anm. III, §. 139 Anm. V.

b. **Inhalt der Bestimmung.** Der §. 139 behandelt die Bestimmung, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Den hiervon abweichenden Fall, daß bestimmt ist, die Gesellschaft solle unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen, behandelt §. 138. Die Bestimmung, daß die Gesellschaft mit einem Vermächtnisnehmer des Verstorbenen oder mit einem sonstigen Dritten fortgesetzt werden solle, ist im Zweifel auszulegen als Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle (§. 138) in Verbindung mit dem Vorvertrage über die Pflicht zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters (§. 105 Anm. Ih); der §. 139 jedenfalls ist bei solcher Vereinbarung nicht anwendbar. Über Fortsetzung der Gesellschaft vgl. §. 131 Anm. III. Der Vertrag muß bestimmen, daß im Falle des Todes des gerade verstorbenen Gesellschafters die Fortsetzung stattfinden soll. Ob bezüglich anderer Gesellschafter der Vertrag gleiche Bestimmungen enthält oder nicht, ist unerheblich. Die Vertragsabrede kann den Tod aller ursprünglichen Gesellschafter ins Auge fassen (R.G. XVI, 58); dann ist §. 139 bei den mehreren auf einander folgenden Todesfällen jedesmal anwendbar. — Möglich ist auch die Vertragsabrede, daß die Erben nur berechtigt sein sollen, in die offene Handelsgesellschaft — sei es als offene Gesellschafter, sei es als Kommanditisten oder stille Gesellschafter — einzutreten (R.G. XVI, 54, Bolze Bd. 3 Nr. 794), oder daß alle Erben berechtigt sein sollen, einen von ihnen zu bezeichnen, dem dann das Recht einzutreten zustehen solle (R.G. II, 33). Solche Abreden fallen indessen nicht unter §. 139, enthalten vielmehr einen Vorvertrag für Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags mit den Erben (§. 105 Anm. Ih); die Stellung des dann eintretenden Erben bestimmt sich nach §§. 130, 173, 335, nicht nach §. 139. — Die Vertragsbestimmung „die Erben sind berechtigt und verpflichtet, den Vertrag auszuhalten; sie haben aus der Zahl der (nicht erbenden) Schwiegersöhne einen Vertreter zu bestellen, der für ihre Rechnung, aber mit vollen Befugnissen und Pflichten, wie sie dem Verstorbenen zustanden, an dessen Stelle tritt" wird von R.G. II, 30 dahin ausgelegt, daß die Erben Gesellschafter werden und die Bestellung eines Schwiegersohns als Prokuristen verlangen können. — Die Bestimmung, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft nur mit einem der mehreren Erben fortgesetzt werden solle, ist wirksam (O.L.G. Colmar v. 28. März 1890 Z.f.H. Bd. 42 S. 529); auf die ausscheidenden Miterben ist dann §. 138 (a. a. O. S. 531), auf den verbleibenden Miterben §. 139 anzuwenden.

II. **Beerbung.** Der §. 139 setzt außer dem Vorhandensein der Vertragsbestimmung auch die erfolgte Beerbung voraus (R.G. XVI, 56). Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben ohne weiteres über, unbeschadet des Rechts, sie demnächst binnen bestimmter Frist

auszuschlagen (B.G. §. 1942 Abs. 1). Das Ausschlagungsrecht erlischt durch Annahme der Erbschaft oder Ablauf der Ausschlagungsfrist (B.G. §. 1943). Nimmt der Erbe die Besorgung von Gesellschaftsgeschäften in weiterem Umfange vor, als es eine einstweilige Fürsorge nötig macht (vgl. B.G. §. 1959; der §. 137 H.G.B. findet nicht Anwendung, da keine Auflösung vorliegt), so kann hierin eine Annahmeerklärung liegen. Erfolgt die rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft durch den zunächst Berufenen, so gilt der Anfall als nicht erfolgt, und die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (B.G. §. 1953). Auch für und gegen den dann Berufenen kommt §. 139 H.G.B. zur Anwendung. — Ist ein Nacherbe eingesetzt, so kommt §. 139 zunächst für den Vorerben allein (R.G. XVI, 43) und demnächst, wenn dieser bis zum Eintritt der Nacherbfolge offener Gesellschafter geblieben ist (B.G. §. 2112), **nochmals** für den Nacherben (B.G. §§. 2139, 2142, 2144) zur Anwendung.

III. **Recht des Erben.**

a. **Jeder** Erbe hat für sich das Recht aus § 139, ohne Rücksicht darauf, welche Erklärung die übrigen Erben abgeben.

b. **Recht.** Der §. 139 Abs. 1 gewährt dem Erben nur ein **Recht** („kann"), legt ihm **keine Pflicht** auf. Andererseits geht das ihm gewährte Recht nur dahin, einen **Antrag** (B.G. §. 145 ff.) des in Abs. 1 bestimmten Inhalts zu machen. Wird dieser Antrag nicht angenommen, so hat er gleichfalls nur das **Recht**, nicht die Pflicht, sein Ausscheiden gemäß Abs. 2 zu erklären. — Der Antrag und die Erklärung sind gegenüber allen übrigen Gesellschaftern, nicht gegenüber der Gesellschaft abzugeben (§. 139 Abs. 2: „die übrigen Gesellschafter"; vgl. §. 132 Anm. II). Die übrigen Gesellschafter haben über Annahme oder Ablehnung des Antrages gemäß §. 119 zu beschließen.

c. **Inhalt des Antrages.** Der Inhalt ist im Gesetz nach drei Richtungen festgelegt: der Erbe kann fordern als **Stellung** die eines Kommanditisten (also namentlich die beschränkte Haftung und Befreiung von der Geschäftsführungspflicht), als **Einlage** den auf ihn fallenden Teil der Einlage (nicht etwa des Guthabens auf Kapitalkonto, **Cosack** S. 572) des Erblassers, als **Gewinnanteil** den Gewinnanteil des Erblassers. Nur in der **letzt**erwähnten Beziehung, mit Bezug auf den Gewinnanteil, kann der Gesellschaftsvertrag anderes bestimmen (§. 139 Abs. 5). Bei mehreren Miterben wird jeder nur im Verhältnis des auf ihn fallenden Teils der Einlage den Gewinnanteil fordern dürfen. — Zweifelhaft ist, was unter dem „auf ihn fallenden Teil" zu verstehen ist, ein „seinem Anteil am Nachlaß entsprechender Teil" oder der „bei der Erbauseinandersetzung auf ihn fallende Teil". Man wird wohl **ersteres** anzunehmen haben, obwohl hierin allerdings eine Ausnahme von §. 2033 Abs. 2 B.G. liegen würde (vgl. **Litthauer** Anm. a).

d. **Frist.** Die in §. 139 Abs. 3 bestimmte Frist gilt sowohl für das Antragsrecht des Abs. 1, wie für das Erklärungsrecht des Abs. 2. **Beide** Rechte („**die** bezeichneten Rechte") können nur innerhalb der Frist ausgeübt werden. Der Antragende darf die Erklärung des Abs. 2 abgeben erst, nachdem die Nichtannahme des gemäß Abs. 1 gestellten Antrages feststeht. Auch die Erklärung des Abs. 2 wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem letzten Gesellschafter zugeht (B.G. § 130), so daß auch **dieser** Zeitpunkt noch innerhalb der Frist des §. 139 Abs. 3 liegen muß. Daher kann, wenn die übrigen Gesellschafter bei Eintritt des Todesfalls in fernen Ländern mit unentwickelten Verkehrsmitteln sich aufhalten oder ihr Aufenthalt unbekannt ist, die Einhaltung der Frist unmöglich sein. Der Erbe hat dann nur die Wahl, entweder als **offener** Gesellschafter in der Gesellschaft zu verbleiben, oder die **ganze Erbschaft** auszuschlagen. Über die Zulässigkeit öffentlicher Zustellung

bei unbekanntem Aufenthalt des Erklärungsempfängers und über die Rückbeziehung der demnächst erfolgten öffentlichen Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vgl. B.G. §. 132, C.P.O. §. 206 Abs. 2, § 207 Abs. 1. Hat der Erbe einem Abwesenden den Antrag gemäß Abs. 1 gemacht, so bleibt er — wenn er nicht eine Frist für die Annahme des Antrages gestellt hat (B.G. §. 148) — daran bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (B.G. §§. 145, 147), selbst wenn inzwischen die Frist des §. 139 Abs. 3 abläuft. Im einzelnen gilt für diese Frist dasselbe wie für die dreimonatige Frist, welche in §. 27 mit Bezug auf die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu Gunsten des Erben vorgesehen ist, der das Geschäft des Erblassers unter der alten Firma fortführt (Denkschr. 100; vgl. §. 27 Anm. III b). Die Wahrung der Frist ist nicht dadurch bedingt, daß auch eine etwa erforderliche Eintragung und Bekanntmachung innerhalb derselben erfolgt. Erfolgt sie verspätet, so ist daher für die Zukunft Dritten gegenüber §. 15 Abs. 2, §§. 171—173 bestimmend; nur für die Zeit vom Eintritt der einzutragenden Thatsache bis zur Eintragung und Bekanntmachung bezw. Eintragung gelten dann §. 15 Abs. 1, §. 176.

IV. **Wirkung. Die einzelnen möglichen Fälle.**

a. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 oder nach Nichtannahme des Antrages das Erklärungsrecht des Abs. 2 nicht (oder nicht rechtzeitig) aus.** Dann bleibt die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages in Kraft, daß die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen ist. Die Gesellschaft wird daher durch den Tod des Erblassers nicht aufgelöst (§. 131 Ziff. 4), sondern besteht zwischen den übrigen Gesellschaftern und den Erben fort (§. 131 Anm. III). Die letzteren werden dann — ohne besonderen Beitritt — jeder für seine Person offene Gesellschafter (R.G. XVI, 57); jeder haftet daher mit seinem ganzen Vermögen als Gesamtschuldner für die vor seinem Eintritt (also vor dem Tode des Erblassers) begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§. 130); selbstverständlich auch für die nach seinem Eintritt begründeten (§. 128, Denkschr. 100) — gleichgiltig, ob er Vorbehaltserbe ist oder nicht.

b. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 aus, und die übrigen Gesellschafter nehmen den Antrag an.** Dann wird die bisherige offene Handelsgesellschaft zu einer Kommanditgesellschaft und besteht als solche ohne Auflösung (§. 131 Anm. I i) fort. Die Einlage und der Gewinnanteil sind durch §. 139 Abs. 1, 5 und durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, des Antrages und der Annahmeerklärung bestimmt.

1. **Wird durch Annahme des Antrages noch innerhalb der Frist des Abs. 3 dem Erben die Stellung als Kommanditist eingeräumt,** so haftet er für die „bis dahin" (d. h. bis zu jener Einräumung, in der Regel also bis zur Annahme des Antrages) entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (Haftung als Erbe, §. 139 Abs. 4; der §. 173 findet dann nicht Anwendung). Für die später entstehenden Verbindlichkeiten regelt sich seine Haftung nach den für die Kommanditisten maßgebenden Grundsätzen (Haftung als Kommanditist, §. 176 Abs. 2, §. 173; Denkschr. 100; „entstanden" = „begründet"). Als Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten regeln, kommen namentlich in Betracht §§. 2058—2060 B.G.:

§. 2058. „Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner."

§. 2059. „Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigern. Haftet er für eine Nachlaß-

verbindlichkeit unbeschränkt, so steht ihm dieses Recht in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu.

Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, bleibt unberührt."

§. 2060. „Nach der Teilung des Nachlasses haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit:

1. wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist; das Aufgebot erstreckt sich insoweit auch auf die im §. 1972 bezeichneten Gläubiger sowie auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet;
2. wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem im §. 1974 Abs. 1 bestimmten Zeitpunkte geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe der fünf Jahre dem Miterben bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist; die Vorschrift findet keine Anwendung, soweit der Gläubiger nach §. 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird;
3. wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist."

§. 1994 Abs. 1. „Das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Errichtung des Inventars eine Frist (Inventarfrist) zu bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn nicht vorher das Inventar errichtet wird."

§. 2063. „Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen Erben zu Statten, soweit nicht ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt ist.

Ein Miterbe kann sich den übrigen Erben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet."

2. **Wird durch Annahme des Antrages erst nach Ablauf der Frist des Abs. 3 dem Erben die Stellung als Kommanditist eingeräumt** (sei es, daß die Annahmeerklärung später erfolgt, sei es, daß der Eintritt als Kommanditist erst zu einem späteren Zeitpunkte stattfinden soll), so haftet der Erbe für die Zeit bis zu seinem Eintritt mit seinem ganzen Vermögen als offener Gesellschafter (Anm. IV a); für die spätere Zeit haftet er wie ein Kommanditist (§. 176 Abs. 2, §. 171).

c. **Der Erbe übt das Antragsrecht des Abs. 1 und, nach Nichtannahme des Antrages während Bindung des Erben** (B.G. §§. 145—149), **das Erklärungsrecht des Abs. 2 rechtzeitig aus.** Dann scheidet er mit dem Zeitpunkt, an welchem seine Erklärung dem letzten der Mitgesellschafter des Erblassers zugeht (oben Anm. III d), aus der Gesellschaft aus. Für die Gesellschaftsschulden, welche bis zu seinem Ausscheiden entstanden sind, haftet er dann nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§. 139 Abs. 4; oben Anm. IV b 1). Für die später entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er nicht, vorbehaltlich der aus etwaiger Nichtanmeldung des Ausscheidens für Dritte entstandenen Rechte (§§. 143 Abs. 2, 15 Abs. 1, 3). — Unter den übrigen Gesellschaftern — wenn noch mindestens zwei vorhanden (§. 131 Anm. I b) — dauert trotz Ausscheidens des Erben die Gesellschaft fort (§. 138 Anm. III).

d. **Innerhalb der Frist des Abs. 3 wird die Gesellschaft aufgelöst oder scheidet der Erbe aus einem anderen als dem zu c genannten Grunde aus der Gesellschaft aus.** Dann haftet er für die bis zur Auflösung oder bis zum Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden und für die nach dem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden wie zu c. Für die während einer etwaigen Liquidation eingegangenen Gesellschafts-

verbindlichkeiten wird der Erbe mit denselben Maßgaben zu haften haben, wie er zu haften hätte, wenn die Gesellschaft unmittelbar durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden wäre.

V. **Ausschließende oder abändernde Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.** Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, seinen Gewinnanteil anders als durch Gleichstellung mit dem auf seinen Einlageanteil entfallenden Gewinnanteil des Erblassers bestimmen (§. 139 Abs. 5; oben Anm. III c). Da der Erbe als Kommanditist nicht, wie in der Regel der Erblasser als offener Gesellschafter, zu eigener Thätigkeit verpflichtet ist (§. 164), so wird in der Regel die Einräumung eines geringeren Gewinnanteils an den Erben als Kommanditisten der Billigkeit entsprechen (Denkschr. 100). Aber auch die Einräumung eines höheren Gewinnanteils an ihn im Gesellschaftsvertrage ist nicht vom Gesetz ausgeschlossen. Die sonstigen Vorschriften des §. 139 Abs. 1 bis 4 können im voraus (im „Gesellschaftsvertrag") nicht ausgeschlossen werden. Dies Verbot beruht zum Teil auf dem Interesse der Erben (der Erblasser soll nicht in der Lage sein, den Erben über die Kräfte der Erbschaft hinaus zu verpflichten; Denkschr. 100), zum Teil auf dem Interesse der Gläubiger an baldiger Endigung der Schwebezeit. Soweit nur das erstere Interesse in Betracht kommt, sind die gesetzlichen Vorschriften abänderbar durch Vertrag zwischen dem Erben und den übrigen Gesellschaftern. Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welche dem Verbot entgegenstehen, sind nichtig. Über die Wirkung der Nichtigkeit eines einzelnen Vertragsteils vgl. §. 67 Anm. II.

§. 140.

Ausschließung eines Gesellschafters.

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach §. 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen.

Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.

A.D.H. Art. 128, 130 Abs. 1. **Entw. I** § 127. **Entw. II** §. 138.

§. 140.

I. **Voraussetzungen der Ausschließung.**

a. **Gesellschaft von mehr als zwei Gesellschaftern.** Würde durch die Ausschließung die Zahl der Gesellschafter bis auf einen vermindert werden, so ist nicht Ausschließung, sondern nur Auflösung möglich (§. 131 Anm. I b). Der §. 142 enthält indessen entsprechende Vorschriften für einen solchen Fall.

b. **Umstand, der das Recht zur Auflösung aus wichtigem Grunde begründet.** Vgl. § 133 Anm. I d. Als genügender Grund zur Ausschließung wurde erachtet die wiederholte Unterlassung der rechtzeitigen Aufstellung von Inventar und Bilanz durch den thatsächlich allein geschäftsführenden Gesellschafter, der diese Pflicht vertraglich ausdrücklich übernommen hatte, sowie der Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgingen, durch denselben ohne Rückfrage bei den übrigen Gesellschaftern (R.O.H. XX, 244). Nicht für

genügend wurden erachtet Verstöße in der eigenen Buchführung in einem Falle, in welchem nicht die eigene Buchführung, sondern nur die Leitung der Buch- und Kassenführung als dem betreffenden Gesellschafter obliegende wesentliche Verpflichtung angesehen wurde (R.O.H. XVIII, 397). Ebenso (wohl zu Unrecht) für nicht genügend das Zusammentreffen von Überschreitungen der Entnahmebefugnis und der Geschäftsführungsbefugnis (Bolze Bd. 9 Nr. 465). Nicht für genügend die Weigerung, einen der Gesellschaft auferlegten Eid zu leisten (Bolze Bd. 9 Nr. 466); in Fällen böswilliger Weigerung kann jedoch anders zu entscheiden sein. Der Antrag auf Ausschließung braucht nicht sofort nach Kenntnis von dem sie rechtfertigenden Grunde gestellt zu werden; wird der Antrag verspätet gestellt, so ist jedoch zu prüfen, ob Verzeihung erfolgt ist; eine solche liegt nicht schon in der Unterlassung der Kündigung oder eines Antrages auf Auflösung oder Ausschließung, denn die bloße Fortsetzung der Gesellschaft kann veranlaßt sein durch einen vorläufigen Mangel voller Überzeugung von der Schuld des Gesellschafters oder durch den Versuch, abzuwarten, ob die spätere Haltung des Verdächtigen die Zweifel zerstreuen und das Vertrauen wiederherstellen werde (R.O.H. VI, 113). — Liegt ein wichtiger Grund zur Ausschließung vor, so ist der Antrag auf Ausschließung nicht darum unzulässig, weil vorher auch gekündigt ist (R.O.H. VI, 112).

c. **In der Person des auszuschließenden Gesellschafters** muß der Umstand begründet sein. Da §. 133 eine gleiche Beschränkung nicht enthält, so ist nicht immer, wenn eine Auflösung aus wichtigem Grunde, auch eine Ausschließung zulässig; wohl aber umgekehrt. Daß der in der Person des Auszuschließenden vorliegende Umstand ein von diesem verschuldeter sein müßte, ist zwar im Gesetz nicht bestimmt, wird jedoch — im Gegensatz zu dem Fall der Auflösung (§. 133 Anm. I d) — zu verlangen sein (dagegen Litthauer Anm. a), da die Ausschließung eine Zurücksetzung des Ausgeschlossenen enthält, und kein Grund vorliegt, warum ein Zufall den einen Gesellschafter, in dessen Person er eintritt, härter treffen soll als die übrigen Gesellschafter; es müssen schwere Versündigungen gegen die Gesellschaft vorliegen, nicht nur kleine Unregelmäßigkeiten, wie sie in jeder Gesellschaft ohne erheblichen Nachteil vorkommen (R.G. XXIV, 138). Falls auch die Gesellschafter, welche die Ausschließung beantragen, sich gesetz- und vertragswidriger Handlungen schuldig gemacht haben, so muß das Verschulden des Auszuschließenden ein erheblich überwiegendes sein, um die Ausschließung zu rechtfertigen (R.G. XXIV, 138).

II. **Geltendmachung und Entscheidung.**

a. **Antrag der übrigen Gesellschafter.** Ein Antrag aller übrigen Gesellschafter ist gleichfalls gefordert für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§. 117 Anm. I b, c) und der Vertretungsmacht (§. 127 Anm. II). Ein Antrag eines Gesellschafters genügt für die Auflösung der Gesellschaft (§. 133 Anm. I b).

b. **Gerichtliche Entscheidung.** Vgl. §. 117 Anm. I d. (Abweichend B.G. §. 737.) Dem Gericht ist freies Ermessen eingeräumt („kann"), jedoch nicht in höherem Grade als auch in den Fällen der §§. 117, 127, 133, 146, 147. Die dort gewählte Fassung „durch gerichtliche Entscheidung" oder „durch das Gericht" hat keinen anderen Sinn als die in §§. 140, 142 gewählte „vom Gericht" und die in §. 165 Abs. 3 gebrauchte „das Gericht". Das „kann" fällt in §. 140 nur darum mehr auf, weil es dem „vom Gericht" im Satze näher gerückt ist als in den ersterwähnten Gesetzesstellen; aber auch dies soll keine besondere Bedeutung haben, wie sich aus der Vergleichung mit §. 142 ergiebt. Die begehrte Anordnung kann daher nicht etwa willkürlich abgelehnt werden, sondern nur wenn trotz Vorliegens eines in der Person des Antragsgegners liegenden wichtigen Grundes die Ausschließung aus anderen Gründen (z. B. wegen gleichen Verschuldens der Antragsteller oder wegen vorauszusehender unverhältnismäßiger Schädigung des Antragsgegners) unbillig erscheint

(R.O.H. XVIII, 396). Auflösung ist nicht etwas minderes, sondern etwas anderes als Ausschließung; ist daher Ausschließung beantragt, so darf nicht auf Auflösung erkannt werden (R.G. XXIV, 140). Bei einstweiligen Verfügungen ist eine derartige Abweichung nicht vollständig ausgeschlossen (C.P.O. §. 938 Abs. 1), soweit überhaupt eine Auflösung oder Ausschließung ausnahmsweise als einstweilige Maßregel gerechtfertigt werden kann.

III. **Wirkung.**

a. **Ausscheiden des ausgeschlossenen Gesellschafters.** Vgl. §. 138 Anm. III. Das Ausscheiden erfolgt — abgesehen von dem Fall einer etwaigen einstweiligen Verfügung — erst mit Rechtskraft des Urteils. Bis dahin dauert daher auch eine etwa vorhandene Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (P. 238, 242, R.G. XV, 82). Nur für die Auseinandersetzung gilt Abweichendes (§. 140 Abs. 2).

b. **Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern.** (P. 238, R.G. XXIV, 138.) Vgl. §. 131 Anm. III. Es bedarf keiner diesbezüglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage (Denkschr. 100; abweichend B.G. §. 737).

c. **Auseinandersetzung.** Vgl. §. 138 Anm. IV. Maßgebend für die Auseinandersetzung ist nach §. 140 Abs. 2 die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist. Hieraus muß wohl abgeleitet werden, daß — soweit nicht die Bestimmung des §. 740 B.G. über schwebende Geschäfte eingreift — die späteren Geschäfte auf alleinige Rechnung der fortgesetzten Gesellschaft gehen (R.G. XV, 81), vorbehaltlich selbstverständlich etwaiger Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den geschäftsführenden Gesellschafter. Die Klage wird mit dem Zeitpunkt der Zustellung erhoben (C.P.O. §. 253 Abs. 1), eine etwaige Widerklage mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (C.P.O. §. 280, 281).

IV. **Entgegenstehende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.** Der Gesellschaftsvertrag kann eine Ausschließung überhaupt giltig untersagen. Dem §. 140 ist keine Vorschrift wie sie §. 133 Abs. 3 enthält beigefügt; es kommt daher der allgemeine Grundsatz des §. 109 Halbsatz 1 zur Anwendung, da §. 140 nur das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander regelt (§. 109 Anm. I). Andererseits kann giltig vereinbart werden, daß eine bestimmte Thatsache Ausschließungsgrund sein soll (R.G. XXIV, 140); der Richter ist dann gebunden, diese Thatsache als wichtigen Grund im Sinne des §. 140 gelten zu lassen. Das R.G. a. a. O. nahm an, daß keine solche Vereinbarung in der Vertragsbestimmung liege: „widrigenfalls jeder der übrigen Gesellschafter das Ausscheiden des Ungehorsamen verlangen kann". Nicht zulässig ist es, die Entscheidung über Ausschließung in die Willkür der übrigen Gesellschafter zu legen; hierin läge eine den guten Sitten widerstreitende Unterwerfung unter den Willen anderer (B.G. §. 138, Planck, B.G. §. 315 Anm. 1, R.O.H. XXI, 87). Ist im Vertrage den übrigen Gesellschaftern freigestellt, die Ausschließung zu beschließen, so ist dies giltig und (unter entsprechender Anwendung des §. 315 B.G.) dahin auszulegen, daß der Beschluß nur nach billigem Ermessen gefaßt werden darf. Unzulässig ist es, die Entscheidung in den Willen der anderen Partei zu stellen und gleichzeitig die gerichtliche Nachprüfung auszuschließen, denn dann wäre die Ausschließung in die Willkür der anderen Partei gelegt (R.O.H. XXI, 84; vgl. auch R.G. XXI, 94).

§. 141.

Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach §. 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund

eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus.

Diese Vorschriften finden im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe Anwendung, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

A.D.H. Art. 132. **Entw. I** §. 128. **Entw. II** §. 139.

§. 141.

I. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Kündigung durch den Privatgläubiger.** Durch die Kündigung wird die Gesellschaft zum Ende des Geschäftsjahrs aufgelöst (§. 135 Anm. Va). Die Auflösung kann abgewendet werden durch einen ausdrücklichen Beschluß der übrigen Gesellschafter (§. 119), welcher vor der Zeit, zu welcher die Auflösung eintreten soll, dem Gläubiger mitgeteilt sein muß (B.G. §. 130ff.). Diese Erklärung wirkt auch gegenüber dem Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hat. Ist die Erklärung rechtzeitig erfolgt, so besteht die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fort (§. 131 Anm. III), und der Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hatte, scheidet aus (§. 138 Anm. III) zu dem Zeitpunkt, zu welchem zulässigerweise gekündigt ist (§. 135 Anm. IV). Für die Auseinandersetzung (§. 138 Anm. IV) ist dieser Zeitpunkt zu Grunde zu legen. Erfolgt die Erklärung verspätet, so ist sie als einseitige nicht mehr wirksam, jedoch wenn der Privatgläubiger und der ausscheidende Gesellschafter einwilligen, für zulässig zu erachten (§. 131 Anm. III).

II. **Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.** Durch Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters wird die Gesellschaft in der Regel sofort aufgelöst (§. 131 Anm. Ie). Bestimmt jedoch der Gesellschaftsvertrag, daß in diesem Fall die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so wird sie nicht aufgelöst; nur scheidet der in Konkurs gefallene Gesellschafter sofort aus (§. 138). Ist im Gesellschaftsvertrag eine solche Bestimmung nicht enthalten, so kann dennoch (gemäß in §. 141 Abs. 2 neu aufgenommener Bestimmung) die erfolgte Auflösung durch Beschluß der übrigen Gesellschafter und eine demgemäß dem Konkursverwalter mitgeteilte Erklärung (B.G. §. 130ff.) rückgängig gemacht werden insoweit, daß nur der in Konkurs gefallene Gesellschafter ausscheidet, die bisherige Gesellschaft aber von den bisherigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Der Fall des §. 141 Abs. 2 unterscheidet sich mithin — ohne daß dies in der Fassung zur Erscheinung kommt — von dem Fall des Abs. 1 dadurch, daß im Abs. 1 ein Beschluß vor Auflösung, im Abs. 2 ein Beschluß nach Auflösung vorausgesetzt ist. Die Rückgängigmachung hat im Verhältnis der übrigen Gesellschafter zum ausscheidenden Gesellschafter und dessen Konkursmasse rückwirkende Kraft. Das Ausscheiden gilt daher als mit der Konkurseröffnung erfolgt (§. 141 Abs. 2), für die Auseinandersetzung ist jener Zeitpunkt zu Grunde zu legen, und die Gesellschaft gilt als niemals aufgelöst gewesen, so daß dem Konkursverwalter auch nicht das Recht aus §. 145 Abs. 2 zusteht. Eine Frist für Abgabe der Erklärung ist nicht vorgesehen. Man wird entsprechend die Vorschriften über Wahlforderungen (B.G. §§. 262ff.) anzuwenden haben. Die übrigen Gesellschafter sind für verpflichtet zu erachten, mit möglichster Beschleunigung ihr Wahlrecht auszuüben. Der Verwalter wird sie zunächst auffordern können, unverzüglich die Auflösung der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Thun sie dies nicht, so geraten sie in Verzug, und der Verwalter wird ihnen nunmehr gemäß B.G. §. 264 Abs. 2 eine

angemessene Frist setzen können, nach deren fruchtlosem Ablauf ihr Recht aus §. 141 Abs. 2 H.G.B. erloschen ist.

III. Gesellschaft von zwei Gesellschaftern (§. 142).

§. 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach §. 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 129. **Entw. II** §. 140.

§. 142.

I. **Recht auf Übernahme statt Ausschließung.** Zur Übernahme müssen vorliegen:
  a. die Voraussetzungen der Ausschließung, vgl. §. 140 Anm. Ib, c;
  b. der Antrag des übernahmeberechtigten Gesellschafters, vgl. §. 140 Anm. IIa;
  c. gerichtliche Entscheidung, vgl. §. 140 Anm. IIb;
  d. Erklärung des Berechtigten, da nach dem Wortlaut des §. 142 Abs. 1 — abweichend von §. 140 — das Gericht den Gesellschafter nur für „berechtigt" zur Übernahme zu erklären, nicht sogleich den erfolgten Übergang auszusprechen hat.

II. **Recht auf Übernahme bei Kündigung eines Privatgläubigers oder Konkurs eines Gesellschafters.** In diesen beiden Fällen wird das Recht ohne gerichtliches Verfahren durch einfache Erklärung ausgeübt. Bezüglich derselben und der Zeit, binnen welcher sie abzugeben ist, gilt dasselbe wie bezüglich der Erklärung in den beiden entsprechenden Fällen des §. 141 (§. 141 Anm. I, II).

III. **Auflösung der Gesellschaft** (§. 131 Anm. II) tritt infolge einer gemäß Anm. Ic und trotz einer gemäß Anm. II abgegebenen Erklärung ein (§. 131 Anm. Ih). Dennoch finden in einigen Beziehungen nicht die Regeln über Auflösung Anwendung, sondern diejenigen über Ausscheiden eines Gesellschafters (§. 138 Anm. III) sind entsprechend anwendbar. So bezüglich der Auseinandersetzung nach §. 142 Abs. 3. So wohl auch bezüglich Fortführung der Firma (unten Anm. IV).

IV. **Geschäftsübernahme.** Übernommen wird das Geschäft (§. 22 Anm. Id) mit Aktiven und Passiven, also die Sachenrechte und Forderungsrechte, welche der bisherigen Gesellschaft zustanden, andererseits aber auch deren Verpflichtungen (§. 25 Anm. IIIa, b). Ob auch die Firma übergeht, ist im §. 142 nicht ausgesprochen, folgt auch nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des §. 24, da dort nicht für ein Ausscheiden aus dem „Geschäft", sondern ausschließlich für ein Ausscheiden aus einer „Gesellschaft" Bestimmung getroffen ist, ein „Aus-

scheiden“ in diesem Sinne aber hier nicht vorliegt (oben Anm. III). Dennoch wird der §. 24 entsprechend anzuwenden sein (§. 24 Anm. II). Folge des Rechts auf Geschäftsübernahme ist daher auch das Recht zur Fortführung der Firma. War jedoch der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten, so bedarf es zur Fortführung der Firma seiner ausdrücklichen Einwilligung (§. 24 Anm. IIb). Auch in den Fällen des §. 142 Abs. 2 steht das Recht der Einwilligung zur Firmenfortführung nicht etwa dem Privatgläubiger oder dem Konkursverwalter, sondern dem ausscheidenden Gesellschafter zu (§. 17 Anm. IIIb). Gleichgiltig, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht, haftet der Übernehmer gegenüber Dritten für die bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten, da gemäß §. 142 Abs. 1 in einer derartigen Geschäftsübernahme ein besonderer Verpflichtungsgrund (§. 25 Abs. 2) bezüglich der Passiva liegt. Das Eigentum der bisherigen Gesellschaftssachen geht ohne besondere Übertragungshandlung auf den Übernehmer über (H.G.B. §. 142 Abs. 3, B.G. §. 738 Satz 1); ebenso wirkt bezüglich der Geschäftsforderungen die einseitige Erklärung wie eine gesetzliche Übertragung (B.G. §. 412).

V. **Auseinandersetzung.** Vgl. §. 138 Anm. IV. Für den Zeitpunkt, welcher für die Auseinandersetzung maßgebend ist, wird im Fall des §. 142 Abs. 1 der §. 140 Abs. 2 entsprechend anzuwenden sein (§. 140 Anm. IIIc), trotzdem im Falle des §. 142 Abs. 1 nicht die gerichtliche Entscheidung allein, sondern erst die hinzukommende Erklärung (oben Anm. Id) eine das Rechtsverhältnis ändernde Wirkung hat. In den Fällen des §. 142 Abs. 2 ist der für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt derselbe, welcher bei Kündigung des Privatgläubigers oder Konkurs eines Gesellschafters in den Fällen des §. 141 Abs. 1 und 2 maßgebend wäre.

IV. Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden (§. 143).

§. 143.

Die Auflösung der Gesellschaft ist, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt von dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Ist anzunehmen, daß der Tod eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge gehabt hat, so kann, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, die Eintragung erfolgen, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

A.D.H. Art. 129. **Entw. I** §. 130. **Entw. II** §. 141.

§. 143.

I. **Anzumeldende Thatsachen** sind die Auflösung der Gesellschaft (§. 131 Anm. II) und da Ausscheiden eines Gesellschafters (§. 138 Anm. III). Die Auflösung ist nur dann nicht anzumelden, wenn sie durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft erfolgt; die Eintragung der Konkurseröffnung hat von Amtswegen zu erfolgen gemäß §§. 32, 6, H.G.B., §. 112 K.O. Über die Anmeldung des Erlöschens der Firma bestimmt nicht §. 143 (Johow, IV, 40), sondern §§. 31, 157. Die Firma kann erlöschen ohne Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Gesellschafters, sie kann andererseits auch fortbestehen trotz Auflösung der Gesellschaft. Das etwaige Erlöschen der Firma ist auch nach erfolgter Beendigung des Konkursverfahrens anzumelden. Über sonstige anzumeldende Thatsachen vgl. §. 107 Anm. I, II. Der §. 143 findet selbst dann Anwendung, wenn die offene Handelsgesellschaft nicht eingetragen war (R.O.H. XXIII, 227; vgl. entsprechend §. 31 Anm. I). Ist die nichteingetragene Gesellschaft nach außen

wirksam geworden, so ist ein Gesellschafter dem anderen zur Mitwirkung bei Anmeldung der Eintragung und Auflösung selbst dann verpflichtet, wenn die Gesellschafter untereinander vereinbart haben, daß die Gesellschaft so aufgelöst sein solle, als sei sie gar nicht eingegangen worden (R.O.H. XXII, 206). — Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus und tritt ein Erbe an seine Stelle als Gesellschafter, so sind beide Thatsachen anzumelden (R.G. IV, 83). Tritt durch das Ausscheiden eines Gesellschafters gleichzeitig eine Auflösung ein, so sind beide Thatsachen anzumelden; die Anmeldung der zweiten ist höchstens dann entbehrlich, wenn sie nach den Umständen des Falles für jeden erkennbar aus der ersten folgt (R.O.H. XXI, 193). Auch die Ausschließung bewirkt ein Ausscheiden (§. 140 Anm. IIIa), welches anzumelden ist (R.O.H. II, 172).

II. **Anmeldungspflichtige** sind die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter, auch der ausgeschiedene (Denkschr. 102). An die Stelle eines Verstorbenen treten dessen Erben (Denkschr. 102, R.O.H. XXI, 373). Für den Fall des Todes giebt §. 143 Abs. 3 eine Erleichterung, wenn infolge desselben eine Auflösung (§. 131 Ziff. 4) oder ein Ausscheiden (§. 138, §. 139 Abs. 2) stattfindet; nicht auch, wenn die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird (§. 139 Abs. 1), also ohne Auflösung (§. 131 Anm. I i) nur eine Änderung der Gesellschafter und möglicherweise eine Beschränkung der Haftung eintritt. Im Falle des §. 139 Abs. 1 ist die eingetretene Änderung gemäß §§. 31, 107, 162 Abs. 3 anzumelden. — Über die Erzwingung der Mitwirkung eines zur Anmeldung Mitverpflichteten vgl. §. 16.

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. §. 12.

V. Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung.

§. 144.

Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Die Fortsetzung ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 142.

§. 144.

I. **Fortsetzung der Gesellschaft.** Durch Konkurseröffnung wird die Gesellschaft aufgelöst (§. 131 Anm. I c), und sie bleibt zunächst aufgelöst trotz Aufhebung oder Einstellung des Konkurses, selbst wenn infolge Abschluß eines Zwangsvergleichs die Aufhebung (K.O. §. 190) oder auf Antrag des Gemeinschuldners die Einstellung (K.O. §§. 202, 203) erfolgt ist. Soll die Fortsetzung der Gesellschaft (§. 131 Anm. III) erfolgen, so kann dies nur auf Grund eines darauf gerichteten Beschlusses (§. 119) der sämtlichen bisherigen Gesellschafter (bezw. ihrer Erben) geschehen, wie ein solcher Beschluß auch in anderen Fällen bereits erfolgter Auflösung zulässig ist (§. 131 Anm. III). Eine Zeitbegrenzung für die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses ist nirgends bestimmt. Einem Beschluß steht gleich die thatsächliche Fortsetzung mit Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. nach bisherigem Recht R.G. XXVIII, 134). Die fortgesetzte Gesellschaft haftet für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (R.G. XXVIII, 133). — Für die A.G. vgl. §. 307 Abs. 2.

II. **Anmeldung.** Anmeldungspflichtig sind sämtliche bisherige Gesellschafter (vgl. §. 143 Anm. II). Über die Form der Anmeldung bestimmt §. 12.

Fünfter Titel.

Liquidation der Gesellschaft.

§. 145.

Notwendigkeit der Liquidation.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

A.D.H. Art. 133. **Entw. I** §. 131. **Entw. II** §. 143.

§. 145.

I. **Auflösung der Gesellschaft.**

a. **Auflösung.** Vgl. §. 131 Anm. II. Dies bildet den Gegensatz einerseits zur Fortsetzung der Gesellschaft (§. 131 Anm. III), andererseits zum Ausscheiden eines Gesellschafters (§. 138 Anm. III). Bei Fortsetzung findet keine Auseinandersetzung, bei Ausscheiden eine andere Art der Auseinandersetzung (§. 138 Anm. IV), in beiden Fällen aber keine Liquidation statt. Auch bei Auflösung durch Übereinkunft findet Liquidation statt. In der Übereinkunft, daß im inneren Verhältnis die Gesellschaft so aufgelöst sein solle, als habe sie nie bestanden, liegt indessen die zulässige Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung (R.O.H. XXII, 204; a. M. Staub Art. 133 Einl.).

b. **Gesellschaft.** Eine solche ist auch die nichteingetragene Gesellschaft (§. 105 Anm. Ii); das Recht auf Liquidation ist unabhängig davon, ob die Gesellschaft eingetragen ist, oder ob die Auflösung noch eingetragen werden kann (R.O.H. XXII, 204). Bei einem Einzelkaufmann findet ein besonderes, der „Liquidation" entsprechendes Abwickelungsverfahren nicht statt (R.G. I, 265, H.A.G. Nürnberg v. 28. Mai 1869 Z.f.H. Bd. 21 S. 525). Ebensowenig bei der Gesellschaft des B.G. (§. 730 B.G.). Die in §. 145 zugelassene Ausnahme einer Vereinbarung der Gesellschafter über eine andere Art der Auseinandersetzung gilt nicht für alle Handelsgesellschaften.

II. **Liquidation.**

a. **Notwendigkeit.** Die Liquidation bildet das als Regel eintretende Verfahren für die erforderliche Abwickelung. Daß nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation vorgenommen werde, ist ein unentziehbares Recht jedes einzelnen Gesellschafters; aber die Gesellschaftsgläubiger können bei der offenen Handelsgesellschaft die Vornahme nicht fordern (Denkschr. 103); die Liquidation dient bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft nicht zur Sicherung der Gläubiger (R.O.H. XXIV, 146, XXV, 277); vielmehr kann — unbeschadet etwaiger Anfechtungsrechte im Konkurs oder außerhalb, und unbeschadet der Ansprüche der Gläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter — gemäß Vereinbarung der Beteiligten auch schon vor Befriedigung der Gläubiger eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens erfolgen (R.O.H. XXV, 277) soweit hierin nicht etwa eine strafbare Beiseiteschaffung (St.G.B. §. 288) liegt. — Der einzelne Gesellschafter hat kein Recht auf Liquidation, wenn sie gegenstandslos wäre, z. B. wenn Aktivvermögen nicht vorhanden und die Einlagen voll geleistet sind (R.G. XL, 31). — Solange nicht die

Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben oder Konkurs eröffnet ist, tritt die Liquidation als unmittelbare gesetzliche Folge der Auflösung ein, auch ohne einen ausdrücklich darauf gerichteten Willen der Gesellschafter (Cosack S. 560, R.G. XXV, 257; dahingestellt R.O.H. XXV, 280; vgl. §. 148 Anm. Ia 1).

b. **Gegenstand** der Liquidation sind die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten und die Beziehungen der Gesellschaft zu den einzelnen Gesellschaftern; nicht aber die etwa dann noch verbleibenden Ansprüche der Gesellschafter untereinander (§. 155 Anm. IVa). Ebensowenig die Tilgung der nach Verwendung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens etwa noch verbleibenden Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter oder gegen bereits früher ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund deren Gesamthaftung (§. 149 Anm. IId). Beendigung der Liquidation vgl. §. 156 Anm. IV.

c. **Wirkung.** Durch den Eintritt der Liquidation werden an sich die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht geändert (P. 4543); es tritt namentlich nicht eine vorzeitige Fälligkeit der Gesellschaftsschulden ein (§. 159 Abs. 3; R.O.H. XXIV, 248, R.G. V, 8, IX, 14). Ebenso bleiben die Rechte der Gesellschaft unverändert (R.G. XV, 104, XVI, 2, XXIV, 71). Erleidet jedoch durch den Fortfall der werbenden Seite der geschäftlichen Thätigkeit eine wesentliche Voraussetzung des Vertragsverhältnisses eine erhebliche Änderung, so wird hierdurch der Vertragsgegner zu vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigt (B.G. §. 812 Abs. 1 Satz 2, R.G. V, 8). So gilt z. B. im Zweifel eine im Gesellschaftsvertrage bewilligte Stundung des den Erben eines Gesellschafters herauszuzahlenden Auseinandersetzungsguthabens nur als für den Fall des Fortbestehens der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern bewilligt (R.O.H. X, 64; dagegen Staub). Auf bestehende Dienstverträge kommt bei Auflösung der dienstberechtigten Gesellschaft entsprechend dasjenige zur Anwendung, was für den Tod des Dienstberechtigten (§. 25 Anm. Vb) gilt; der Vertrag wird nicht aufgelöst (R.G. XXIV, 72), außer wenn die Auflösung die von keiner Seite verschuldete Unmöglichkeit fernerer Dienstleistung herbeiführt oder wenn der Dienstverpflichtete wegen etwa vorliegenden wichtigen Grundes kündigt. — Über die Frage, ob die Liquidationsthätigkeit einen Gewerbebetrieb enthält, und mithin die Gesellschaft während Liquidation noch Kaufmann ist, §. 1 Anm. IIG. Über die Prokura während Liquidation §. 48 Anm. Ib. Über den Gerichtsstand während Liquidation §. 156 Anm. III.

III. **Ausnahmen.**

a. **Vereinbarung der Gesellschafter über eine andere Art der Auseinandersetzung.** Zum Beispiel durch Verkauf des Geschäfts und Teilung des Erlöses, durch Übertragung des Vermögens an einen Gesellschafter, durch Teilung in Natur, durch Umwandelung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und dergleichen (Denkschr. 103). Eine solche Vereinbarung kann bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage für den Fall der Auflösung getroffen sein (O.G.H. Wien v. 2. Jan. 1895 Z.f.H. Bd. 46 S. 509). Als derartige Vereinbarung ist auch die Abrede anzusehen, daß die Gesellschaft so aufgelöst werden solle, als habe sie nie bestanden (R.O.H. XXII, 205). Durch Vereinbarung kann auch eine begonnene Liquidation unterbrochen und die Abwickelung in anderer Weise beendigt oder die Fortsetzung der Gesellschaft (§. 131 Anm. III) beschlossen werden. Nach §. 145 Abs. 2 genügt in zwei Fällen nicht die Vereinbarung der Gesellschafter, sondern muß die Zustimmung eines Dritten hinzutreten: bei Kündigung durch einen Gläubiger eines Gesellschafters (§. 135 Anm. Vb) die Zustimmung dieses Gläubigers, und bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§. 131 Anm. Ie) die Zustimmung des Konkursverwalters. Die Denkschr. 103 bemerkt: „Daß bei Auflösung der Gesell-

schaft durch Kündigung eines Privatgläubigers oder durch den Konkurs eines Gesellschafters die Liquidation nur unterbleiben kann, wenn auch der Gläubiger oder der Konkursverwalter zustimmen, bildet keine Ausnahme von der Regel (daß die Gesellschafter befugt sind, eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren), da das Recht des Gläubigers oder Konkursverwalters, die Liquidation zu verlangen, sich nur als die Ausübung des dem Schuldner oder Gemeinschuldner zustehenden Rechtes darstellt." Dies erscheint nicht zutreffend; vielmehr ist das dem Privatgläubiger und dem Verwalter eingeräumte Zustimmungsrecht als ein selbständiges Recht zum Schutze der Gläubiger anzusehen. Würde es sich hierbei nur um Ausübung des Rechts des Schuldners oder Gemeinschuldners handeln, so wäre, wie jener, auch der Privatgläubiger oder Konkursverwalter an eine vor der Pfändung oder Konkurseröffnung erfolgte Vereinbarung gebunden, was nicht der Fall ist. Ferner ist andererseits bei Pfändung und Überweisung zur Einziehung an einen Privatgläubiger die Zustimmung des Privatgläubigers auch nicht für allein genügend zu erachten (ebenso Litthauer Anm. b), sondern außerdem die Einwilligung des Schuldners zu fordern, da dessen Verfügungsrecht in diesem Falle nur beschränkt, nicht aufgehoben wird. Anders wohl bei Überweisung an Zahlungsstatt (C.P.O. §. 835 Abs. 2; vgl. jedoch H.G.B. §. 146, wonach auch in diesem Fall der schuldende Gesellschafter Liquidator und Beteiligter ist) und jedenfalls bei Konkurs (K.O. §. 6; vgl. H.G.B. §. 146 Abs. 3).

b. **Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.** In diesem Fall findet die Abwickelung nicht nach den Regeln der Liquidation, sondern nach den Regeln über das Konkursverfahren statt. Nach Beendigung des Konkursverfahrens hat dann, wenn noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und nicht Fortsetzung der Gesellschaft gemäß §. 144 beschlossen wird, die Liquidation zu erfolgen (R.O.H. XVI, 289, R.G. XL, 31, Bolze Bd. 1 Nr. 1177).

§. 146.

Liquidatoren.

Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämmtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Betheiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Betheiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des §. 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

A.D.H. Art. 133. **Entw. I** §. 132. **Entw. II** §. 144.

§. 146.

I. **Liquidatoren kraft Gesetz.** Als Regel gilt, daß sämtliche bisherige Gesellschafter Liquidatoren werden. Mit Eintritt der Liquidation werden — mangels anderer Bestimmungen, Anm. II, III — sämtliche Gesellschafter als „Liquidatoren" gesamtgeschäftsführend und

gesamtvertretungsberechtigt — die Unterschiede zwischen den ehemals geschäftsführenden oder vertretungsberechtigten und den ehemals von der Geschäftsführung oder von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern dauern nicht fort soweit jene künftig als Liquidatoren handeln (P. 1028, 1051, R.O.H. VII, 71). Über die Frage, ob sie fortdauern insoweit die Gesellschafter auch künftig als Gesellschafter handeln, vgl. §. 156 Anm. Ib 5, II 3. Inwieweit solche Unterschiede neu für die Liquidatoren eingeführt werden können, vgl. §. 150 Anm. I—III.

An die Stelle eines geschäftsunfähig gewordenen Gesellschafters tritt dessen Vertreter (P. 250, 1011; die im bisherigen Art. 133 A.D.H. hierauf bezüglichen Worte „oder deren Vertreter" sind wohl als überflüssig fortgelassen). An die Stelle eines in Konkurs verfallenen Gesellschafters tritt der Konkursverwalter (§. 146 Abs. 3), und zwar gleichgiltig, ob die Konkurseröffnung vor oder nach Beginn der Liquidation stattgefunden hat. An die Stelle eines (vor oder nach Liquidationsbeginn, P. 4529) verstorbenen Gesellschafters treten (als Liquidatoren) nicht dessen Erben, sondern ein von diesen gemeinsam zu bestellender Vertreter. Wird der Vertreter nicht bestellt, so können nicht etwa die übrigen Gesellschafter allein als Liquidatoren handeln (wie anscheinend Staub Art. 133 §. 4 annimmt), sondern die Unausführbarkeit der dem Gesetz entsprechenden Ordnung der Vertretungsbefugnis giebt nur einen wichtigen Grund zum Antrag auf Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht (Keyßner in Z.f.H. Bd. 10 S. 335). Der Vertreter der Erben ist für seine Person Liquidator, und nur er (ohne Andeutung eines Vertretungsverhältnisses), nicht die vertretenen Erben, sind als Liquidatoren einzutragen. Für seine Handlungen (z. B. bei Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt) haftet er, nicht etwa die von ihm Vertretenen. Anders im Falle des Vertreters eines Geschäftsunfähigen, des Konkursverwalters oder eines sonstigen notwendigen Vertreters (vgl. R.G. II, 32). Schwierigkeiten werden in diesen Fällen nur vermieden wenn als Liquidator angesehen und eingetragen wird: „der Geschäftsunfähige A, vertreten durch B" bezw. „die Konkursmasse des A, vertreten durch den Konkursverwalter B". Die Fassung des §. 146 Abs. 3 steht nicht notwendig entgegen; wenn dort „der Konkursverwalter" genannt ist, so kann dies als Abkürzung von „die Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter" ausgelegt werden. Denkschr. 104 hebt nur zutreffend hervor, daß nicht der Gemeinschuldner Liquidator ist.

Im Gegensatz zu den vorstehend erörterten Fällen bleibt der (nicht in Konkurs befindliche) Gesellschafter, dessen Gläubiger die Gesellschaft gekündigt hat, selbst Liquidator; der Gläubiger ist weder an Stelle des Schuldners noch neben ihm zum Liquidator berufen (Denkschr. 103).

Die nach dem Gesetz zu Liquidatoren Berufenen sind zur Mitwirkung bei der Liquidation nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Dies folgt aus §. 114 Abs. 1, §. 156. Ebenso Staub gegen Behrend §. 81 Anm. 23. (Ähnlich bei den Vorarbeiten für die Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters, §. 138 Anm. IV.)

II. **Liquidatoren kraft Vertrag oder Beschluß.** Sowohl durch vertragliche Vereinbarung aller Gesellschafter (§. 109 Anm. II) wie durch Beschluß (für den nicht notwendig Einstimmigkeit erforderlich ist, §. 119; ebenso Art. 128 Abs. 2 Pr. Entw. v. 1857, M. 71; abweichend Art. 133 A.D.H., P. 1012) kann die gesetzliche Regel geändert werden. Ein solcher Beschluß ist nicht einseitig widerrufbar (R.O.H. XX, 11). Zu Liquidatoren können einzelne Gesellschafter oder Nichtgesellschafter oder gemeinsam einzelne Gesellschafter und Nichtgesellschafter ernannt werden. Eine etwa vorhandene Vertragsbestimmung kann nur durch Vertrag, nicht durch Beschluß, geändert werden. Eine Übertragung der Liquidation an Nichtgesellschafter kommt vor z. B. bei Übertragung an die Gesellschaftsgläubiger oder einen Ausschuß derselben (R.O.H. IX, 215). Eine Übertragung der Liquidation an einzelne Gesellschafter liegt nicht bereits in der Übertragung der Geschäftsführung (P. 989); mit Beginn der Liquidation erlischt vielmehr in der Regel eine etwaige ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis (oben Anm. I). — Nicht der §. 146 Abs. 1 Satz 2, sondern die all-

gemeinen Grundsätze über Vertretung der Erbengemeinschaft sind anwendbar auf den Fall, daß an Stelle eines verstorbenen Gesellschafters die Erben an einem diesbezüglichen Vertrag oder Beschluß mitzuwirken haben. Die durch Vertrag oder Beschluß Berufenen sind zur Mitwirkung nur verpflichtet, wenn sie sich hierzu vertraglich gebunden haben (Staub).

III. **Liquidatoren kraft gerichtlicher Ernennung.**

a. **Verfahren.** Der Antrag ist zulässig sowohl, wenn anderenfalls eine Berufung durch Gesetz, wie auch, wenn anderenfalls eine Berufung durch Vertrag oder Beschluß stattfinden würde. Er kann mit dem Antrag auf Abberufung von Liquidatoren (§. 147) verbunden werden. Der Antrag ist nicht im gewöhnlichen Streitverfahren durch Klage zu stellen (Denkschr. 103; gegenteilig nach bisherigem Recht R.G. XIII, 155), vielmehr gemäß dem in §§. 145, 146 G.f.Ger. (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.) geordneten Verfahren durch formlosen Antrag an das für den Sitz (§. 106 Anm. I) der Gesellschaft zuständige Registergericht. Dieses hat die etwa vorhandenen Gegner (hier: die übrigen Beteiligten) thunlichst zu hören und demnächst durch Verfügung zu entscheiden, gegen welche, wenn der Antrag zurückgewiesen ist, der Antragsteller (§. 20 Abs. 2 G.f.Ger.), wenn dem Antrag stattgegeben ist, jeder, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist (§. 20 Abs. 1 G.fr.Ger.), sofortige Beschwerde einlegen kann. Es genügt der Antrag eines Beteiligten (vgl. §. 133 Anm. Ib). Der Antrag kann schon vor Beginn der Liquidation gestellt werden (Str. Bd. 57 S. 53). Über die Bedeutung des „kann" vgl. §. 140 Anm. IIb. — Die Befugnis des Gerichts ist — soweit es sich nicht um eine einstweilige Verfügung handelt — beschränkt auf die Ernennung (oder Abberufung) von Liquidatoren; das Gericht kann in dem durch §§. 145, 146 G.fr.Ger. geordneten Verfahren nur betreffs der Personen der Liquidatoren bestimmte Anordnungen treffen, dagegen bestimmte Liquidationshandlungen weder verbieten noch anordnen (R.G. XII, 34). — Zweifelhaft ist, ob auch neben dem neu in §§. 145, 146 G.fr.Ger. geordneten Verfahren noch wie früher neben dem Verfahren durch Klage (R.G. XXIX, 358, XXX, 320) eine einstweilige Verfügung auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren zulässig sein soll. Dies wird zu bejahen sein, da in dem Verfahren nach G.fr.Ger. thunlichst eine Anhörung des Gegners erfolgen soll, also Verzögerungen nicht ausgeschlossen sind. — Wen das Gericht zum Liquidator ernennen will, unterliegt seinem Ermessen. So ist z. B. die ein gedeihliches Zusammenwirken ausschließende Feindseligkeit der bisherigen Gesellschafter ein genügender Anlaß, einen Unbeteiligten zum alleinigen Liquidator zu ernennen (Bolze Bd. 12 Nr. 504, Bd. 21 Nr. 554).

b. **Beteiligter** ist jeder Gesellschafter, jeder einzelne Erbe eines solchen (ebenso nach bisherigem Recht Staub Art. 133 §. 5 und Hahn Art. 133 §. 14) und jeder gesetzliche Vertreter eines Gesellschafters oder Erben (vgl. Denkschr. 103). Hat die Auflösung infolge Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters stattgefunden, so gehört sowohl der schuldende Gesellschafter wie der Gläubiger zu den Beteiligten (§. 146 Abs. 2 Satz 2). Während des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ist nur der Konkursverwalter, nicht auch der Gemeinschuldner Beteiligter (§. 146 Abs. 3, Denkschr. 104, 105). Die Gläubiger der Gesellschaft gehören nicht zu den „Beteiligten" (§. 145 Anm. IIa, b).

c. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 70 Anm. I, §. 117 Anm. Ie, §. 133 Anm. Id, §. 140 Anm. Ib. Ein wichtiger Grund kann z. B. vorliegen, wenn der Aufenthalt einer nach Gesetz, Vertrag oder Beschluß zum Liquidator berufenen Person unbekannt ist, so daß nach der Regel des §. 150 auch die übrigen Liquidatoren die Gesellschaft nicht vertreten könnten, wenn die Vertretung nicht anderweit geordnet würde. Ebenso, wenn durch den Gesellschaftsvertrag die Liquidation gerade demjenigen Gesellschafter übertragen ist, dessen unredliches Verfahren die Auflösung der Gesellschaft veranlaßt

hat. Überhaupt, wenn gegen denjenigen, welcher als gesetzlicher Liquidator eintreten würde, ein durch frühere Pflichtwidrigkeiten (z. B. Firmenmißbrauch) begründetes Mißtrauen besteht (Str. Bd. 57 S. 53).

§. 147.

Abberufung von Liquidatoren.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach §. 146 Abs. 2, 3 Betheiligten; sie kann auf Antrag eines Betheiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen.

A.D.H. Art. 134. **Entw. I** § 133. **Entw. II** §. 145.

§. 147.

I. **Abberufung von Liquidatoren.**

a. **Abberufung.** Der Abberufung steht gleich die Beschränkung der Vertretungsmacht (§. 150; nicht §. 151), z. B. durch Widerruf der Macht zur Einzelvertretung, oder durch Ernennung eines ferneren Gesamtvertreters (R.O.H. XX, 12, XXI, 142). Nach R.G. XXIX, 357 bleibt ein auch nur durch einstweilige Verfügung (vgl. §. 146 Anm. III a) abberufener Liquidator abberufen, selbst wenn die einstweilige Verfügung demnächst aufgehoben wird — vorbehaltlich der zulässigen Wiedereinsetzung (R.G. XXX, 321). Durch die Abberufung wird ein etwaiger Anspruch des abberufenen Liquidators auf die vertragsmäßige Vergütung nicht berührt (vgl. §. 52 Anm. II, R.O.H. XXIII, 328).

b. **Liquidatoren.** Der §. 147 findet auf jede Art von Liquidatoren Anwendung. Auch die vom Gericht ernannten Liquidatoren können daher durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten abberufen werden (R.O.H. XXI, 142).

II. **Einstimmiger Beschluß der Beteiligten.**

a. **Einstimmiger Beschluß.** Indem hier Einstimmigkeit vorgeschrieben wird, soll die Wirksamkeit von Vertragsabreden, welche ein geringeres Erfordernis aufstellen (und demgemäß auch die Anwendbarkeit des §. 119 Abs. 2) ausgeschlossen werden. In der That könnte sonst unter Umständen durch eine mit Mehrheit beschlossene sofortige Abberufung der Ernannten der durch §. 146 Abs. 2 den Beteiligten gewährte Schutz vereitelt werden. Andererseits ist auch der Verzicht auf das Recht der Abberufung in der Regel unwirksam (R.O.H. XXIII, 330; vgl. §. 52 Anm. I). Da einstimmiger Beschluß erforderlich, so kann ein Liquidator, der selbst Gesellschafter ist, nicht durch Beschluß der übrigen Gesellschafter abberufen werden (P. 4530, R.O.H. XX, 13). — Denkbar ist, daß einer der Beteiligten gegenüber den anderen aus besonderem Rechtsgrunde zur Zustimmung verpflichtet ist. Dann ist eine dahingehende Klage zulässig, und die Zustimmung gilt als mit Rechtskraft des Urteils erklärt (C.P.O. §. 894).

b. **Beteiligte.** Vgl. §. 146 Anm. III b.

III. **Gerichtliche Verfügung aus wichtigem Grunde.** Das Verfahren und seine Voraussetzungen entsprechen denjenigen bei Ernennung von Liquidatoren. Vgl. §. 146 Anm. III. Auch hier genügt der Antrag eines Beteiligten und das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Gegen das Interesse des Antragstellers an Abberufung ist — soweit nicht ein Sonderrecht des Antragstellers ernstlich gefährdet ist — das etwa vorhandene Interesse der übrigen Beteiligten an Nichtabberufung abzuwägen (R.G. XXIX, 354). Einen wichtigen Grund zur Abberufung bildet ein durch gewisse den Verdacht einer Pflichtvergessenheit oder Unredlichkeit rechtfertigende Vorkommnisse begründetes Mißtrauen eines Gesellschafters gegen den Liquidator (R.O.H. IX, 32; vgl. R.G. v. 13. April 1897 J.W. 291, Str. Bd. 57 S. 53).

§. 148.

Anmeldung, Eintragung, Zeichnung.

Die Liquidatoren sind von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von jeder Aenderung in den Personen der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht. Im Falle des Todes eines Gesellschafters kann, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung den Thatsachen entspricht, die Eintragung erfolgen, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren sowie die Eintragung der gerichtlichen Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. Art. 135. **Entw. I** §. 134. **Entw. II** §. 146.

§. 148.

I. **Anmeldung.**

a. **Anzumeldende Thatsachen.**

1. Die Liquidatoren; jedoch nur (§. 148 Abs. 2), wenn deren Berufung durch Gesetz, Vertrag oder Beschluß, nicht auch wenn sie durch das Gericht erfolgt ist. Entsprechend dem §. 106 Abs. 2 Ziff. 1 ist anzunehmen, daß die Anmeldung den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Liquidators enthalten muß. — Die Liquidation beginnt nicht etwa erst mit der Anmeldung der Liquidatoren; auch die Eintragung der Liquidatoren hat nur die gewöhnliche erklärende Wirkung (§. 15 Anm. III A; R.O.H. XXII, 204). — Besteht zwischen den Anmeldungspflichtigen Streit darüber, wer die berufenen Liquidatoren sind, so kann das Registergericht gemäß §. 127 G.fr.Ger. den Anmeldungspflichtigen zunächst vor Erzwingung der Anmeldung eine Frist zur Einholung der Entscheidung des Prozeßgerichts setzen (vgl. R.O.H. X, 438).

2. Änderung in den Personen der Liquidatoren; jedoch nicht (§. 148 Abs. 2) wenn sie durch gerichtliche Verfügung gemäß §. 147 erfolgt. Eine Änderung liegt auch vor, wenn einzelne Liquidatoren ausscheiden. Auch dann, wenn zwar alle ausscheiden aber gleichzeitig neu eingetragen werden. Die Anmeldung, daß alle bisherigen Liquidatoren ausscheiden, ohne gleichzeitige Anmeldung der an ihre Stelle tretenden Liquidatoren ist als zulässig zu erachten, obgleich hierin die Anmeldung eines Erlöschens, nicht die Anmeldung einer Änderung liegen würde (vgl. §. 31 Anm. I). Allerdings sind dann die Gesellschafter zur sofortigen Anmeldung der neuen Liquidatoren, und nötigenfalls aller Gesellschafter als der gesetzlichen Liquidatoren, anzuhalten. Über die nach Beendigung der Liquidation erforderliche Anmeldung des Erlöschens der Firma vgl. §. 157 Abs. 1.

3. Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (§. 150 Abs. 1); jedoch nicht, wenn diese Abweichung auf richterlicher Verfügung beruht (§. 150 Anm. II c).

4. Änderung der Vertretungsmacht, d. h. Änderung einer gemäß §. 150 Abs. 1 einzutragenden (wenn auch thatsächlich nicht eingetragenen, vgl. §. 31 Anm. I) Abweichung von der gesetzlichen Regel. Die Änderung der gesetzlichen Vertretungsmacht ist gemäß §. 150 Abs. 1, nicht gemäß §. 148 Abs. 1 einzutragen.

b. **Anmeldungspflichtige** sind die Gesellschafter (vgl. §. 108 Anm. I, §. 143 Anm. II). Auch nach Bestellung von Liquidatoren sind die in Anm. Ia aufgeführten, demnächst anzumeldenden Thatsachen nicht von den Liquidatoren, sondern von den Gesellschaftern anzumelden. (Abweichend für Genossenschaften Gen.G. §. 84, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung G. §. 67, für A.Gen. und K.A.Gen. H.G.B. §§. 296, 320 Abs. 3, für rechtsfähige Vereine B.G. §. 76 Abs. 2.) In der Regel müssen alle Gesellschafter anmelden. Ausnahmsweise kann — entsprechend der Bestimmung in §. 143 Abs. 3 — von der Mitwirkung derjenigen („soweit") Erben eines (vor oder nach Liquidationsbeginn) verstorbenen Gesellschafters abgesehen werden, deren Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen. Nur dann jedoch — abweichend von §. 143 Abs. 3 — wenn der Richter Grund hat, anzunehmen, daß die Anmeldung den Thatsachen entspricht. Der Richter hat daher — abweichend von der allgemeinen Regel, §. 12 Anm. IIa — die nicht von allen Verpflichteten angemeldeten Thatsachen auch sachlich auf ihre Richtigkeit zu prüfen; das Vorliegen der „besonderen Hindernisse" ist zu beweisen, die angemeldete Thatsache glaubhaft zu machen (C.P.O. §. 294, G.fr.Ger. §. 15 Abs. 2). — Für andere als die in Anm. Ia aufgeführten Thatsachen (z. B. Verlegung des Sitzes, Aufhebung einer Zweigniederlassung) besteht keine dem §. 148 entsprechende Bestimmung, daß die Anmeldung durch die Gesellschafter zu erfolgen hat. Da eine Vertretung der liquidierenden Gesellschaft durch die Gesellschafter nur eine Ausnahme bildet, so ist anzunehmen, daß die Anmeldung derartiger Thatsachen den Liquidatoren obliegt. Hiermit stimmt überein, daß nach §. 157 Abs. 1 die Liquidatoren das Erlöschen der Firma nach Beendigung der Liquidation anzumelden haben.

c. **Form.** Vgl. §. 12 Anm. I.

II. **Eintragung.** Eintragung von Amts wegen ist neu (entsprechend dem §. 76 Abs. 3 B.G.) vorgesehen bei richterlicher Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren. Erfolgt richterliche Abberufung ohne gleichzeitige richterliche Ernennung, so sind die Gesellschafter anzuhalten, die neuen Liquidatoren anzumelden. — Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung oder Nichteintragung oder Nichtbekanntmachung bestimmt §. 15 (vgl. R.O.H. XXII, 204); er ist anwendbar auch auf die von Amts wegen zu bewirkenden Eintragungen.

III. **Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht.** Vgl. §. 108 Anm. II. Abweichend von dem bisherigen Recht (Johow I, 15) ist die Zeichnung auch der Firma vorgeschrieben. Über die Art der Zeichnung bei Abgabe von Erklärungen für die Firma bestimmt §. 153.

§. 149.

Geschäftskreis und Vertretungsmacht der Liquidatoren.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

A.D.H. Art. 137. **Entw. I** §. 135. **Entw. II** §. 147.

§. 149.

I. **Liquidatoren. Verhältnis zu den Gesellschaftern.**

a. **Allgemeine Stellung.** Die Liquidatoren stehen zu den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft nicht in dem gleichen Verhältnis wie zu dem Vorstande einer A.G.

(Denkschr. 104). Wohl aber in nahezu gleichem Verhältnis zu den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft wie zu den Gesellschaftern einer A.G. Neben den Liquidatoren besteht die Vereinigung der Gesellschafter sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft (Beschlüsse z. B. §. 146 Abs. 1, §§. 147, 152; vgl. auch K.O. §. 211 Abs. 1) wie bei der A.G. (z. B. §. 295 Abs. 1, 3, §. 298 Abs. 2, §. 299 Abs. 2) fort. Ebenso stehen die Liquidatoren in nahezu gleichem Verhältnis zu den ehemals vertretungsberechtigten Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft wie zu dem Vorstande einer A.G.: die Liquidatoren treten vollständig an die Stelle sowohl der vertretungsberechtigten Gesellschafter (R.O.H. X, 357, XII, 217; vgl. §. 156 Anm. II 3, §. 149 Anm. IVb) wie des Vorstandes. Während nach außen der Liquidator nicht Vertreter der Gesellschafter, sondern der Gesellschaft ist, hat er nach innen gegenüber den Gesellschaftern und den sonstigen Beteiligten im wesentlichen die Stellung eines mit Geschäftsführung und Vertretung (der Gesellschaft) Beauftragten (R.O.H. XXIII, 330, R.G. v. 13. April 1897, J.W. 290; dagegen R.O.H. XXI, 390); sie sind indessen nicht unbedingt an Aufträge gebunden (§. 152 Anm. II). Möglich ist auch (aber nicht zu vermuten, R.G. v. 23. Dezb. 1895, J.W. 1896 S. 76), daß der Liquidator in einem Dienstverhältnis zu den Beteiligten steht. Über Rechtsstreite zwischen Liquidatoren und Gesellschaft oder Gesellschaftern vgl. unten Anm. IVb. — Werden alle Aktiva einer sich auflösenden Gesellschaft auf einen Gesellschafter übertragen, und wird dieser Gesellschafter zugleich zum alleinigen Liquidator der Gesellschaft bestellt, so kann er bisherige Forderungen der Gesellschaft nur in eigenem Namen als Abtretungsempfänger, nicht wahlweise als Liquidator geltend machen (B.G. §. 398 Satz 2; dagegen nach bisherigem Recht R.O.H. XXI, 128).

b. **Rechnungslegungspflicht.** Vgl. §. 114 Anm. VI. Der Liquidator hat in der Regel erst nach Beendigung der Liquidation (§. 156 Anm. IV), oder doch nach Erledigung aller wesentlichen Liquidationsgeschäfte, Rechnung zu legen, aber schon vorher auf Verlangen Auskunft zu erteilen (B.G. §. 666, R.O.H. XII, 41, XXV, 167, 345, Bolze Bd. 3 Nr. 793, Bd. 4 Nr. 805; nach O.L.G. Karlsruhe v. 19. Okt. 1886 Z.f.H. Bd. 37 S. 542 besteht auch während Liquidation der Anspruch jedes Beteiligten auf Rechnungslegung). Scheidet der Liquidator aus seinem Amt, so hat er Rechnung zu legen auch wenn die Liquidation noch nicht beendet ist (R.O.H. XXIII, 330).

II. **Geschäftskreis.**

a. **Beendigung der laufenden Geschäfte.** Weder die Rechte noch die Pflichten der Gesellschaft werden durch den Eintritt der Liquidation geändert; insbesondere tritt keine frühere Fälligkeit ein (§. 145 Anm. IIc).

b. **Einziehung der Forderungen.** Eine andere Verwertung von Forderungen, z. B. der Verkauf noch nicht einziehbarer Forderungen (vgl. B.G. §§. 731, 754), ist im Verhältnis der Liquidatoren zu den Gesellschaftern nur zulässig gemäß einem diesbezüglichen besonderen Auftrag sämtlicher Beteiligten (unten Anm. III; dagegen nach bisherigem Recht Staub). Eine andere Art der Verwertung von Forderungen als die Verwertung durch Einziehung kann jedoch unter den Gesichtspunkt der Beendigung laufender oder der Eingehung neuer Geschäfte behufs Beendigung schwebender Geschäfte fallen; dann liegt auch diese Art der Verwertung innerhalb des Geschäftskreises der Liquidatoren. Einzuziehen sind auch Forderungen der Gesellschaft an einzelne Gesellschafter (Bolze Bd. 1 Nr. 1179; z. B. eine Forderung aus unbefugter Entnahme, O.L.G. Hamburg v. 17. Jan. 1894 Z.f.H. Bd. 46 S. 512). Derartige Forderungen können auf ebenso verschiedenen Rechtsgründen beruhen, wie umgekehrt Forderungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft (§. 128 Anm. IIa). Diese Verschiedenheit hat keinen Einfluß auf das Recht zur Einziehung. Einzuziehen durch die Liquidatoren sind aber nur Forderungen der Ge-

sellschaft. Die Liquidatoren können daher von den früheren Gesellschaftern auf Grund deren Einlagezusagen nicht mehr als die vertragsmäßigen Einlagen einfordern, wohl aber nach ihrem Ermessen diese, soweit sie rückständig (R.O.H. XXII, 136), d. h. zugesagt und noch nicht geleistet sind (R.O.H. XXV, 166). Die Einlagen sind im Zweifel nicht nur zur Bildung eines Betriebskapitals zu Zwecken des Erwerbs, sondern auch zur Tilgung von Verbindlichkeiten bestimmt (R.O.H. XXV, 163, R.G. IV, 67). Die Liquidatoren brauchen sich hierbei nicht auf Streitverhandlungen mit den einzelnen Gesellschaftern über Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Beitragseinziehung einzulassen (R.O.H. XXII, 136). Der einzelne Gesellschafter kann — außer soweit bei Einzahlung der Anspruch auf Abschlagsverteilung gegeben sein würde, §. 155 Anm. III b — gegen die Einlageforderung oder eine sonstige Forderung der Gesellschaft nicht etwa sein Guthaben auf Kapitalkonto aufrechnen oder deswegen ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, da sein Guthaben erst bei Aufstellung der Schlußbilanz der Höhe nach festgestellt und fällig wird (R.O.H. XXV, 164, Bolze Bd. 19 Nr. 617). Auch insoweit Einlagen erst nach Gesellschaftsauflösung fällig geworden sind, ist Einforderung nach Fälligkeit zulässig (R.O.H. XXV, 165). Von Dritten zugesagte Einschüsse, welche nach Einzahlung als Einlage eines Gesellschafters dienen sollen, kann der Liquidator einfordern, falls die Gesellschaft ein Recht auf den Einschuß erlangt hatte und nicht nach den Umständen des Falles das Einschußversprechen als nur für den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft gegeben anzusehen ist (R.G. IV, 67). Die Liquidatoren können einen Gesellschafter nötigen, die von ihm in die Gesellschaft eingebrachten Grundstücke auf die Gesellschaftsfirma umschreiben zu lassen (R.O.H. XII, 40) und ihnen die Vermögensgegenstände, Geschäftsbücher und sonstigen Papiere der Gesellschaft herauszugeben (R.O.H. XXI, 142), was auch dann gilt, wenn die Liquidatoren früher selbst Gesellschafter waren. — Die Liquidatoren sind jedoch nicht berechtigt, zur Deckung von fälligen Schulden in Ermangelung eines ausreichenden Kassenbestandes Zuschüsse von den Gesellschaftern zu verlangen (P. 178, R.O.H. XXII, 202, XXV, 159); dies würde eine Einlageerhöhung enthalten, zu welcher auch während der Liquidation kein Gesellschafter verpflichtet ist (§. 111 Anm. I a).

c. **Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld.** Diese Umsetzung kann in beliebiger Art erfolgen. Insbesondere können (abweichend vom bisherigen Art. 137 Abs. 2 A.D.H.) sogar Grundstücke freihändig verkauft werden (Denkschr. 105). In den Geschäftskreis der Liquidatoren fällt auch ein Verkauf des Geschäfts in Bausch und Bogen, soweit damit nicht gegen die Vorschrift, daß die Forderungen einzuziehen sind (oben Anm. II b), verstoßen wird. Auch die Firma bildet ein Vermögensstück der Gesellschaft und kann daher von den Liquidatoren veräußert werden, soweit kein öffentlichrechtliches Verbot (§. 23) entgegensteht; zum Schutz eines etwaigen Namenrechts eines bisherigen Gesellschafters ist jedoch §. 24 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Zur Umsetzung des Vermögens in Geld gehört als notwendige Vorbereitung auch die Verteidigung der Gesellschaftsrechte (z. B. eines Markenrechts R.G. XV, 104) gegen Verletzung durch Dritte.

d. **Befriedigung der Gläubiger.** Die Gläubiger sind nur soweit zu befriedigen, wie dies aus dem Gesellschaftsvermögen geschehen kann, insbesondere aus den Barmitteln, welche durch die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Einziehung von Forderungen und die Verwertung der übrigen Vermögensstücke angesammelt werden Bei vorübergehendem Mangel an Barmitteln dürfen die Liquidatoren nötigenfalls solche durch Verpfändung beschaffen (P. 254). Durch die Liquidatoren sind nicht auch diejenigen Schulden zu berichtigen, welche nicht Gesellschaftsschulden, sondern nur gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter sind (z. B. Schulden einer anderen offenen Handelsgesellschaft derselben Gesellschafter). Die abweichende Vorschrift des B.G. §. 733 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft wegen der

bei der letzteren bestehenden Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens (§. 105 Anm. I g 3). Zu befriedigen sind auch Gesellschafter, welche Gläubiger der Gesellschaft sind. Die Ansicht, daß nach Eintritt der Liquidation eine Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung in der Regel nur erhoben werden könne, wenn Kläger nachweise, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist (R.G. XXIX, 16), kann nicht als zutreffend anerkannt werden; jedenfalls nicht (§. 128 Anm. II a 4) bezüglich der nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Ansprüche (§. 128 Anm. II a 3, 4); aber auch bezüglich derjenigen Ansprüche, welche unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen (§. 128 Anm. IIa 2), dann nicht, wenn das Verlangen auf Auszahlung bereits vor Eintritt der Liquidation gestellt war (§. 124 Anm. II f). Die Liquidatoren sind daher für verpflichtet zu erachten, die Gesellschafter, welche mit einem nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Anspruch Gläubiger der Gesellschaft sind, in gleichem Verhältnis wie andere Gläubiger zu befriedigen, selbst wenn ein zur vollen Befriedigung aller Gläubiger genügendes Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist. Dagegen sind die Liquidatoren — abgesehen von dem Falle einer zulässigen Abschlagszahlung, §. 155 Anm. III b — vor Deckung der Gesellschaftsschulden nicht berechtigt, an einzelne Gesellschafter in Anrechnung auf ihren Kapitalanteil Rückzahlungen zu leisten oder die Aufrechnung (vgl. oben Anm. II b) des Guthabens eines Gesellschafters auf Kapitalkonto mit seiner (einziehbaren) Schuld an die Gesellschaft zu erklären (R.O.H. XVII, 215). — Durch Anerkennung bereits verjährter Forderungen überschreiten die Liquidatoren den Umfang ihrer Ermächtigung (R.O.H. IX, 85).

e. **Eingehung neuer Geschäfte zur Beendigung schwebender.** Der Nürnberger Entwurf zweiter Lesung (Art. 130 Abs. 2) lautete: „Die Liquidatoren sind auch berechtigt, neue Geschäfte einzugehen, wenn sie ohne solche die schwebenden Geschäfte nicht erledigen können." Diese Bestimmung wurde als zu streng angefochten, weil nur die Unmöglichkeit, die schwebenden Geschäfte anderweitig zu erledigen, die Liquidatoren zur Eingehung neuer Geschäfte berechtigen würde (P. 4530). Die Fassung wurde dann so geändert, wie sie auch in das H.G.B. übergegangen ist. Hiernach erstreckt sich der Geschäftskreis auch auf solche neue Geschäfte, die nach den Umständen als geeignet anzusehen sind, zur Beendigung schwebender Geschäfte zu führen, wenngleich sie nicht die einzige Möglichkeit zur Herbeiführung dieses Erfolges bilden mögen. Nicht kann als allein entscheidend erachtet werden, ob die Absicht der Liquidatoren bei Eingehung des neuen Geschäfts darauf gerichtet war, hierdurch zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts beizutragen. Bei solcher Auslegung (auf welche das „zur" allerdings hindeutet) wären sowohl für die Vertretenen wie für Dritte die Grenzen des Geschäftskreises in dieser Beziehung nicht erkennbar. Die Grenzen eines Geschäftskreises können nur durch Bezugnahme auf äußere Merkmale, nicht durch Bezugnahme auf den Willen festgelegt werden. — Ein neues Geschäft ist auch die Ausstellung oder Indossierung von Wechseln. Ob der neue Wechsel zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts gegeben worden ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (R.O.H. XIII, 226, XXI, 308). Ein solches Abwickelungsgeschäft liegt z. B. vor, wenn der Liquidator zur Tilgung einer Wechselschuld der Gesellschaft nach geleisteter Abschlagszahlung einen Verlängerungswechsel über den Rest der Schuld giebt, oder wenn er bei einem Dritten ein Darlehn aufnimmt, um zum Teil mit dem aufgenommenen Geld, zum Teil aus sonstigem Gesellschaftsvermögen eine Gesellschaftsschuld zu tilgen; „zur Beendigung" dient nicht nur eine sofortige Tilgung, sondern unter Umständen auch eine Hinausschiebung der Fälligkeit in der Erwartung demnächstiger Tilgung (R.G. IV, 65).

III. **Geschäftsführung.** Denkschr. 104: „Die Vorschrift des B.G. § 49 (betr. Liquidatoren rechtsfähiger Vereine), daß die Einziehung der Forderungen und die Umsetzung des übrigen

Vermögens in Geld unterbleiben kann, soweit diese Maßregeln zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses nicht erforderlich sind, ist in den Entwurf nicht aufgenommen. Selbstverständlich können die Gesellschafter den Liquidatoren eine entsprechende Weisung erteilen und die schließliche Auseinandersetzung durch Teilung in Natur bewirken. In Ermangelung einer sochen Anweisung ist aber das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatze zu dem, was nach §. 733 Abs. 3 B.G. für die Gesellschaft gilt, stets vollständig in Geld umzusetzen. Die Vorschriften über die Gemeinschaft (B.G. §. 731 Satz 2) finden insofern keine Anwendung." Legt man diese Deutung des §. 149 zu Grunde, so enthält der §. 149 Satz 1 nicht nur die Begrenzung des Geschäftskreises, sondern auch eine gesetzliche Dienstanweisung, die Feststellung des Inhalts der Geschäftsführungspflicht der Liquidatoren. Sie sind gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet — soweit ausführbar — die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; sie sind ferner verpflichtet, die laufenden Geschäfte zu beendigen, mit der Maßgabe jedoch, daß sie die behufs Beendigung schwebender Geschäfte geeigneten neuen Geschäfte eingehen können. Von diesen Verpflichtungen können sie teilweise entbunden werden durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten, und einzelne Geschäftsführungshandlungen, soweit sie in die Grenzen der durch §. 149 bestimmten Geschäftsführungspflicht fallen, sowie einzelne Unterlassungen können bindend durch einen derartigen Beschluß angeordnet werden (§. 152). Verpflichtungen, welche nicht unter die in §. 149 aufgezählten Geschäfte fallen, z. B. die Eingehung ganz neuer Geschäfte, können den Liquidatoren selbst durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten nicht einseitig auferlegt werden. — Über Geschäftsführung durch mehrere Liquidatoren vgl. §. 150 Anm. III.

IV. **Vertretungsmacht.**

a. **Vertretung.** Vgl. §. 125 Anm. I über das Verhältnis zu den Bestimmungen des B.G., über das Erfordernis der Abgabe der Willenserklärung namens der Gesellschaft, über die Frage, inwieweit die Liquidatoren gesetzliche Vertreter der Gesellschaft sind, und über die Haftung der Gesellschaft für Verschulden und widerrechtliche Schadenszufügung der Liquidatoren.

b. **Vertreter** sind nach gesetzlicher Regel (§. 150) die Liquidatoren insgesamt. Abweichungen sind nach näherer Maßgabe des §. 150 zulässig. Das R.O.H. IX, 32 (vgl. auch R.G. VII, 405) nimmt an, daß, soweit ein Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und einem Mitliquidator in Frage kommt, die übrigen Gesamtvertreter allein die Gesellschaft vertreten, z. B. eine Klage anstellen können. Dies Auskunftsmittel würde aber versagen, wenn nur ein Liquidator bestellt ist und diesem gegenüber ein Recht der Gesellschaft geltend zu machen wäre. Daher erscheint es zutreffender, anzunehmen, daß allgemein, soweit der Liquidator oder die Liquidatoren gemäß §. 181 B.G. an Vertretung der Gesellschaft rechtlich verhindert sind, die Beteiligten selbst (§. 146 Anm. IIIb) als Gesamtvertreter der Gesellschaft (§. 156 Anm. II 3, Ib 5) gegenüber den Liquidatoren auftreten können (vgl. auch §. 247 Abs. 1). Ist dies zutreffend, so würde die Zustellung der Klage eines Liquidators gegen die Gesellschaft nicht (wie R.G. VII, 405 angenommen) an einen Mitliquidator oder einen gemäß §. 57 C.P.O. zu bestellenden Vertreter, sondern an einen (C.P.O. §. 171 Abs. 3) der gesamtvertretenden Gesellschafter (jedoch nicht an den Kläger selbst, §. 126 Anm. Ie) erfolgen müssen. Für Klagen vor dem Landgericht, betreffend Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern, ist die Handelskammer zuständig (G.V.G. §. 101 Ziff. 3a).

c. **Vertretener** ist die in Liquidation befindliche Gesellschaft. Zur Vertretung der einzelnen Gesellschafter, auch soweit sie auf Grund ihrer Gesamthaftung für Gesellschafts-

schulden in Anspruch genommen werden, sind die Liquidatoren nicht befugt (R.O.H. V, 390, XXV, 161; vgl. §. 126 Anm. I d).

d. **Umfang der Vertretungsmacht.** Vgl. §. 126 Anm. I. Die Vertretungsmacht umfaßt sowohl die Vertretung vor Gericht wie die Vertretung außerhalb des Gerichts; in beiden Beziehungen ist jedoch der Umfang der Vertretungsmacht **beschränkt auf den Geschäftskreis** der Liquidatoren (§. 149 Satz 2; R.O.H. IX, 87). Dieser Geschäftskreis ist in §. 149 Satz 1 begrenzt (oben Anm. II). Hieraus folgt, daß soweit der Liquidator ohne besondere Vollmachtserteilung der Beteiligten (§. 146 Anm. III b) die Grenzen des Geschäftskreises überschreitet, die Gesellschaft bis zu erfolgter Genehmigung der Beteiligten nicht daraus berechtigt oder verpflichtet wird (B.G. §. 177), selbst wenn der Dritte aus entschuldbarem Irrtum das Vorliegen einer Vollmacht annahm; ist der Liquidator als Vertreter aufgetreten, so kann der andere Teil den Liquidator gemäß B.G. §. 179 verantwortlich machen, die Gesellschaft jedoch nur soweit eine Haftung derselben für Verschulden oder widerrechtliche Handlungen des Liquidators besteht (§. 125 Anm. I d). Die Frage, ob der Liquidator die Grenzen seiner Vertretungsmacht eingehalten hat, wird insbesondere häufig bei Eingehung neuer Geschäfte zur Abwickelung schwebender aufgeworfen werden, da für Dritte die Grenze hier schwer erkennbar ist. Dennoch ist auch in dieser Beziehung (vgl. P. 4532) an den vorstehenden Grundsätzen festzuhalten, welche den Dritten genügend schützen. Überschreitet der Liquidator den Umfang seiner Vertretungsmacht durch Eingehung ganz neuer Geschäfte, so wird daher die Gesellschaft — abgesehen von einer etwaigen Schadensersatzpflicht wegen der Handlung des Vertreters (§. 125 Anm. I d) — selbst dann nicht verpflichtet, wenn der Dritte nach gehöriger Erkundigung annehmen durfte, daß ein Abwickelungsgeschäft vorlag (dagegen nach bisherigem Recht R.O.H. XIII, 226, XXI, 308). Zur Begründung einer auf eine Rechtshandung der Liquidatoren gestützten Klage gegen die Gesellschaft gehört nur die Behauptung, daß die Liquidatoren als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten sind (R.O.H. XXI, 308). Wird eingewendet, daß sie ihren Geschäftskreis überschritten haben, so hat Kläger die Einhaltung desselben zu beweisen (z. B. auch, daß das an sich neue Geschäft zur Beendigung schwebender eingegangen sei, R.O.H. XIII, 226); er kann sich jedoch z. B. im Wechselprozeß der Eideszuschiebung bedienen (C.P.O. §. 595 Abs. 2. Abweichend 11. Aufl. Art. 137 Anm. 10).

Innerhalb ihres Geschäftskreises vertreten die Liquidatoren die Gesellschaft insoweit diese überhaupt Rechte und Pflichten haben kann (§. 124), z. B. bei Erwerb von Rechten, insbesondere auch Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken, bei Eingehen von Verbindlichkeiten (§. 124 Anm. II a, b), beim Rechtsstreit (§. 124 Anm. II c), insbesondere auch bei der Eidesleistung (§. 124 Anm. II d, R.O.H. X, 357). Ebenso im Gesellschaftskonkurse (§. 124 Anm. II f); nur gilt hier die Besonderheit, daß der Antrag auf Konkurseröffnung von jedem (wenngleich nur gesamtvertretungsberechtigten) Liquidator und außerdem von jedem persönlich haftenden Gesellschafter gestellt werden kann (K.O. §. 210), und daß ein Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann (K.O. §. 211 Abs. 1). Auch zum Abschluß von Vergleichen sind die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises befugt (Denkschr. 105). Über die Frage, ob in einem Rechtsstreit der in Liquidation befindlichen Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter (und sonstigen Beteiligten §. 146 Anm. III b) intervenieren und als Zeugen vernommen werden können, vgl. §. 124 Anm. II c. Der Liquidator für seine Person ist nicht (wie R.O.H. X, 357, XII, 217 annimmt) Partei, er ist nur Vertreter der Partei. Auch während Liquidation ist daher für Klagen gegen die Gesellschaft nicht der persönliche Gerichtsstand des Liquidators (wie R.O.H. XII, 217 annimmt), sondern der Gerichtsstand der Gesellschaft maßgebend. Bei Geltendmachung eines

Rechts der Gesellschaft braucht der Liquidator nicht darzuthun, daß diese Geltendmachung in innerer Verbindung mit dem Liquidationszweck steht (R.G. XV, 104).

Über das Verbot der Rechtsgeschäfte des Vertreters mit sich selbst vgl. §. 126 Anm. Ie, §. 149 Anm. IVb. Über die Wirkung von Handlungen zur Benachteiligung der Gesellschaft unter Mißbrauch der Vertretungsmacht vgl. §. 126 Anm. If.

Die Vertretungsmacht der Liquidatoren ist an sich ebensowenig wie diejenige der Gesellschafter auf die Vornahme von Handelsgeschäften beschränkt (Staub; vgl. §. 126 Anm. Ib). Über die Frage, ob die Liquidatoren eine Prokura erteilen und widerrufen können, vgl. §. 48 Anm. Ib.

Über Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht vgl. §. 151. Erweiterungen des Umfanges der Vertretungsmacht sind an sich zulässig; insoweit sind jedoch nicht die besonderen Regeln über Liquidation, sondern die allgemeinen Regeln über Vollmacht für anwendbar zu erachten (§. 152).

e. **Aufhören der Vertretungsmacht.** Die Vertretungsmacht endet (Bolze Bd. 22 Nr. 508) mit der Beendigung der Liquidation (§. 156 Anm. IV). Über Versäumung der vorgeschriebenen Eintragung und Bekanntmachung des Erlöschens der Firma nach Beendigung der Liquidation vgl. §. 157 Anm. IIb.

§. 150.

Mehrere Liquidatoren.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können; eine solche Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 wird nicht ausgeschlossen, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des §. 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 136. **Entw. I** §. 136. **Entw. II** §. 148.

§. 150.

I. **Gesamtvertretung.** Die gesetzliche Regel geht dahin, daß sämtliche Liquidatoren nur gesamtvertretungsberechtigt sind. (Umgekehrt bezüglich der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, §. 125 Anm. IIa). Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter oder eines Dritten durch alle vgl. §. 125 Anm. IIIb. Über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft und Zustellungen vgl. §. 125 Anm. IIIc.

II. **Abweichende Bestimmungen.**

a. **Inhalt.** Der §. 150 Abs. 1 erwähnt nur die abweichende Bestimmung, daß jeder von mehreren Liquidatoren einzelberechtigt sein solle. Zulässig ist jedenfalls auch die Abweichung, daß zwar nicht (der gesetzlichen Regel entsprechend) alle Liquidatoren gemeinsam handeln müssen, aber z. B. je zwei von ihnen. Der Fall einer Gesamtberechtigung eines Liquidators mit einem Nichtliquidator ist nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt, aber vielleicht darum nicht erwähnt, weil das Fortbestehen einer Prokura während Liquidation verneint worden ist (§. 48 Anm. Ib), und die Erteilung einer Gesamtvertretungsmacht an einen gesetzlichen Vertreter und einen Handlungsbevollmächtigten für unzulässig erachtet wurde (§. 125 Anm. IVb). Hält man den

entgegengesetzten Standpunkt für zutreffend, so ist sowohl eine Bestimmung, daß ein Liquidator und ein Prokurist, wie auch eine Bestimmung, daß ein Liquidator und ein Handlungsbevollmächtigter gesamtvertretungsberechtigt sein sollen, für zulässig zu erachten (vgl. §. 125 Anm. IV).

b. **Anordnung.** Die Anordnung kann — ebenso wie die Ernennung von Liquidatoren (§. 146 Anm. II, III) — durch Vertrag, Beschluß der Gesellschafter oder (Denkschr. 105) gerichtliche Verfügung erfolgen.

c. **Eintragung.** Eine derartige Abweichung ist in das Handelsregister einzutragen (§. 148 Anm. I a 3) und bekanntzumachen (§. 10). Ist die Abweichung durch gerichtliche Verfügung angeordnet, so erfolgt die Eintragung von Amts wegen (Denkschr. 105; entsprechend anzuwenden §. 148 Abs. 2); anderenfalls gemäß Anmeldung nach näherer Maßgabe des §. 148 Abs. 1.

III. **Geschäftsführung.** Der §. 150 ist nur auf die Vertretungsmacht, nicht auf die Geschäftsführungsbefugnis zu beziehen. Dies folgt aus der Vorschrift der Eintragung abweichender Anordnungen in das nur Dritten gegenüber wirkende Handelsregister und aus den Bestimmungen des Abs. 2. Bezüglich der Geschäftsführungsbefugnis gelten daher die allgemeinen Regeln über Ausführung eines Auftrages durch mehrere Beauftragte. Dem Auftraggeber sind die mehreren Beauftragten als Gesamtschuldner verpflichtet (B.G. §. 421); wie sie unter sich ihre Geschäfte verteilen wollen, bleibt ihnen überlassen. Hat keine solche Verteilung stattgefunden, so können sie nur gemeinsam handeln. Einigen sie sich nicht, so kann — falls nicht ein besonderer Rechtsgrund einen dem anderen verpflichtet — keiner gegen den anderen das Gericht anrufen, um die mangelnde Einwilligung zu ergänzen; Abhilfe ist vielmehr in der Regel nur durch einen Antrag auf Abberufung möglich (O.L.G. Frankfurt v. 18. Juni 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 544, R.G. XII, 34).

§. 151.

Beschränkung der Befugnisse.

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 138. **Entw. I** §. 137. **Entw. II** §. 149.

§. 151.

Vgl. §. 126 Anm. II. Der Umfang der „Befugnisse", d. h. der in §. 149 Satz 1 bestimmte gesetzliche Geschäftskreis, bestimmt nach §. 149 Satz 2 zugleich den Umfang der Vertretungsmacht. In §. 151 kann daher, ohne den Sinn zu ändern, statt „Befugnisse" das Wort „Vertretungsmacht" gesetzt werden. Hieraus ergiebt sich, daß die Vorschrift des §. 151 derjenigen in §. 126 Abs. 2 Halbsatz 1 entspricht. Eine dem §. 126 Abs. 3 entsprechende Bestimmung über die Zulässigkeit einer Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen ist hier — wohl absichtlich — nicht wiederholt. „Dritter" ist auch ein Liquidator, wenn er als Vertragsgegner der Gesellschaft in Betracht kommt (R.G. VII, 120; vgl. §. 126 Anm. II a).

§. 152.

Anordnungsrecht der Beteiligten.

Gegenüber den nach §. 146 Abs. 2, 3 Betheiligten haben die Liquidatoren, auch wenn sie vom Gerichte bestellt sind, den Anordnungen Folge zu leisten, welche die Betheiligten in Betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen.

A.D.H. Art. 140. **Entw. I** §. 138. **Entw. II** §. 150.

§. 152.

I. **Gegenüber den Beteiligten.** Beteiligte (nicht immer die Gesellschafter allein) vgl. §. 146 Anm. IIIb. Der §. 152 bestimmt nur über das innere Verhältnis (P. 252; vgl. R.O.H. XXIII, 330). Trotz einer etwaigen einstimmigen Anordnung der Beteiligten bleibt die Vertretungsmacht zur Vornahme einer der Anordnung entgegengesetzten Handlung unberührt. Nach Staub Art. 140 §. 1 soll eine einstimmige Anordnung eine Erweiterung der Vertretungsmacht enthalten können und insoweit auch gegen Dritte wirken; es muß jedoch in Abrede gestellt werden (nachstehend Anm. II), daß auf eine derartige Anordnung §. 152 anwendbar ist.

II. **Einstimmige Anordnungen in betreff der Geschäftsführung.** Die Folgeleistungspflicht erstreckt sich — trotz der allgemeinen Fassung des §. 152 — nur soweit wie eine Geschäftsführungspflicht überhaupt besteht (§. 149 Anm. III). Soweit eine darüber hinausgehende Anordnung getroffen wird, sind nicht die Regeln über Liquidation, sondern die allgemeinen Regeln über Auftrag und Vollmacht für anwendbar zu erachten. Auf Befolgung einer nach Vorstehendem bindenden Anordnung kann der Liquidator verklagt werden (ebenso Staub Art. 140 §. 5; R.G. XII, 34 steht nicht entgegen.) Über das Erfordernis des einstimmigen Beschlusses vgl. §. 147 Anm. IIa. Über die Geltendmachung von Rechten der Gesellschaft gegenüber dem Liquidator vgl. §. 149 Anm. IVb.

§. 153.

Zeichnung der Liquidatoren.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

A.D.H. Art. 139. **Entw. I** §. 139. **Entw. II** §. 151.

§. 153.

I. **Firma.** Vgl. §. 17 Anm. III. Der Eintritt der Liquidation bedingt kein Erlöschen der Firma (§. 30 Anm. IIa, §. 157 Anm. IIa). Nur giebt §. 153 die Ordnungsvorschrift (R.O.H. IX, 215, Johow X, 20), daß die Liquidatoren die Firma nur mit einem auf die Liquidation hinweisenden Zusatz zu zeichnen haben. Die Firma mit Liquidationszusatz ist keine „geänderte" Firma (§. 31 Anm. I). Der Liquidationszusatz wird nicht Teil der Firma (R.G. XXIX, 68, O.L.G. Hamburg v. 13. Juli 1885 Z.f.H. Bd. 35 S. 235).

II. **Art der Zeichnung.** Der §. 153 regelt die Art der Zeichnung bei Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft. (Über die Zeichnung zur Aufbewahrung bei dem Registergericht vgl. §. 148 Anm. III.) Mehrere gesamtvertretende Liquidatoren haben bei der Zeichnung so zusammenzuwirken, daß die Mitwirkung aller äußerlich erkennbar ist. In der Regel wird einer die Firma mit Liquidationszusatz und seinen Namen, jeder der anderen nur seinen Namen unter der von dem ersten geschriebenen Firma zeichnen. Zulässig ist aber auch, daß jeder die Firma mit Liquidationszusatz und seinen Namen zeichnet. Vgl. §. 125 Anm. IIId. Über die Zulässigkeit eines Stempelvordrucks der Firma mit Liquidationszusatz und Unterzeichnung durch jeden Liquidator mit seinem Namen vgl. §. 51 Anm. II. — Über die Wirkung eines Verstoßes gegen die vorgeschriebene Art der Zeichnung vgl. §. 51 Anm. II. — Über die Abgabe von Willenserklärungen durch Gesamtvertreter in anderer Art als durch Zeichnung vgl. §. 125 Anm. IIId.

§. 154.

Bilanzen.

Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 140. **Entw. II** §. 152.

§. 154.

I. **Eröffnungs- und Schlußbilanz.** Die Anfertigung derselben ist im H.G.B. neu vorgeschrieben. Die Liquidationszeit bildet einen in sich geschlossenen Rechnungsabschnitt, für den der Gesamtgewinn oder Gesamtverlust auf Grund jener beiden Bilanzen berechnet werden muß (Denkschr. 105). „Bei" = „gelegentlich" (§. 39 Anm. IIa). Beendigung der Liquidation vgl. §. 156 Anm. IV. Liquidatoren, welche die Ziehung dieser Bilanzen zur vorgeschriebenen Zeit unterlassen, sind, wenn Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgt, strafbar nach K.O. §. 240 Ziff. 4, §. 244. Für die Bewertung muß, da nicht ein Fortbetrieb des Geschäfts als Ganzen beabsichtigt ist, ein anderer Maßstab angelegt werden als bei den gewöhnlichen Jahresbilanzen (vgl. §. 40 Anm. II).

II. **Keine Jahresbilanz.** Denkschr. 106: „Die Aufstellung von Jahresbilanzen während der Liquidation braucht nicht vorgeschrieben zu werden. Solche Bilanzen haben nur die Bedeutung, den Gesellschaftern eine Übersicht über den Vermögensstand zu verschaffen; die Anfertigung derselben anzuordnen, kann daher bei der offenen Handelsgesellschaft den Gesellschaftern überlassen bleiben." Die hierin liegende Voraussetzung, daß nicht bereits §. 39 Abs. 2 die Aufstellung einer Jahresbilanz auch während der Liquidation vorschreibe, scheint darauf zu beruhen, daß unter „Geschäftsjahr" nur ein Geschäftsjahr einer nicht aufgelösten Gesellschaft verstanden ist. (Vgl. jedoch §. 299 Abs. 1.) Möglicherweise auch beruht die Voraussetzung der Unanwendbarkeit des §. 39 Abs. 2 während Liquidation auf der Annahme, daß durch Eintritt der Liquidation die in §. 39 Abs. 2 erforderte Kaufmannseigenschaft erlösche (dagegen §. 1 Anm. II G). — Ist §. 39 Abs. 2 aus einem oder dem anderen Grunde nicht anwendbar, so besteht auch keine Pflicht zur Aufnahme eines Inventars während der Liquidation. Die Anfertigung einer Bilanz oder eines Inventars kann jedoch von den Beteiligten durch einstimmigen Beschluß angeordnet werden (§. 152). — Abweichend für die A.G. §. 299 Abs. 1. — Nach bisherigem Recht nahm O.L.G. Karlsruhe (Urt. v. 19. Okt. 1886 Z.f.H. Bd. 37 S. 542) an, daß eine Pflicht des Liquidators zur Anfertigung von Jahresbilanzen nicht bestehe, wenn es sich nicht um eine eigentliche Geschäftsfortführung, sondern nur um die Einziehung von Ausständen und Verteilung der eingehenden Gelder handele.

§. 155.

Verteilung.

Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnisse der Kapitalantheile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu vertheilen.

Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig vertheilt. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußvertheilung zukommenden Beträge ist das Erforderliche zurückzubehalten. Die Vorschriften des §. 122 Abs. 1 finden während der Liquidation keine Anwendung.

Entsteht über die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens Streit unter den Gesellschaftern, so haben die Liquidatoren die Vertheilung bis zur Entscheidung des Streites auszusetzen.

A.D.H. Art. 141—143. **Entw. I** §. 141. **Entw. II** §. 153.

§. 155.

I. **Gegenstand** der Verteilung ist das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft.

a. **Aussonderung.** Zunächst sind diejenigen Gegenstände auszusondern, welche nicht Eigentum der Gesellschaft sind. Hierzu gehören auch Gegenstände, welche gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter sind (§. 105 Anm. I g 3). So ein auf den Namen der Gesellschafter, nicht der Gesellschaft, eingetragenes Grundstück. Hatten die Gesellschafter sich verpflichtet, das Grundstück einzulegen, und war nur die Umschreibung auf die Gesellschaft unterlassen worden, so ist — soweit nicht eine anderweite Einigung der Beteiligten zu stande kommt — zunächst die Auflassung an die Gesellschaft (§. 149 Anm. II b) und dann die Verwertung für die Gesellschaft durch Umsetzung in Geld (§. 149 Anm. II c) herbeizuführen. — Auszusondern sind ferner Gegenstände, welche Eigentum einer anderen offenen Handelsgesellschaft derselben Gesellschafter sind. Anwendbar ist auch (Denkschr. 106) B.G. §. 732:

„Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen."

b. **Berichtigung der Schulden.** Vgl. § 149 Anm. II d.

c. **Keine Rückerstattung der Einlagen.** Der §. 733 Abs. 2 B.G. bestimmt, daß nach Berichtigung der Schulden zunächst den Gesellschaftern die Geldeinlagen und der Einbringungswert von Sacheinlagen zurückzuerstatten ist. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft. Bei derselben findet bei der Auseinandersetzung keine Trennung von Einlagen und sonstigem Guthaben auf Kapitalkonto statt. Nicht die Einlage, sondern nur ein der Forderung des Gesellschafters auf Kapitalkonto entsprechender Teil des Gesellschaftsvermögens wird zurückerstattet. In letzterem kann die Einlage ganz oder teilweise enthalten sein, ohne daß dies irgend erheblich ist.

d. **Vermögen der Gesellschaft.** Vgl. §. 105 Anm. I g 1.

II. **Maßstab** bei der Schlußverteilung.

a. **Verhältnis der Kapitalanteile.** Über die Bedeutung des Kapitalkonto vgl. §. 120 Anm. II. Über das Verhältnis des Kapitalanteils zur Einlage vgl. oben Anm. I c. Die Einlage bildet nur einen Posten bei der allmählichen Änderung des Betrages des Kapitalanteils. In Betracht kommen außerdem die zugeschriebenen Gewinne, die abgeschriebenen Verluste und Entnahmen, und die etwa sonst gemäß Vereinbarung der Gesellschafter auf das Kapitalkonto übernommenen Forderungen oder Schulden des Gesellschafters an die Gesellschaft (§. 120 Anm. III).

b. **Auf Grund der Schlußbilanz.** Schlußbilanz vgl. §. 154 Anm. I. Da derjenige Betrag der Kapitalanteile, welcher in der Schlußbilanz erscheint, den Maßstab für die Verteilung bildet, so ergiebt sich, daß bei Feststellung des Betrages des Kapitalanteils bereits der auf jeden Gesellschafter fallende Anteil des Gewinns oder Verlustes der Liquidationszeit mitberücksichtigt ist (Denkschr. 106). An dem Gewinn und Verlust der Liquidationszeit nehmen die Gesellschafter in demselben Verhältnis teil wie während bestehender Gesellschaft (§. 156; ebenso Staub; vgl. auch B.G. § 735), also in erster Reihe gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, in zweiter Reihe gemäß §. 121 mit der Maßgabe, daß der Vorausgewinn von jährlich vier vom Hundert des in die Eröffnungsbilanz (§. 154) aufgenommenen Kapitalanteils nicht jährlich, sondern erst bei Aufstellung der Schlußbilanz gutzuschreiben ist, mithin während der Liquidationszeit Zinsen von jenem Vorausgewinn nicht zur Anrechnung kommen. Die Denkschr. 106: „da der Verlust der Liquidationsperiode nach Köpfen unter die Gesellschafter verteilt wird" wollte wohl trotz ihrer allgemeinen Fassung nur den Fall treffen, daß der Gesellschaftsvertrag keine anderweite Verlustverteilung enthält. — Abweichend bei Abschlagsverteilungen (unten Anm. III b).

III. **Ausführung** der Verteilung.

a. **Geldverteilung und Teilung in Natur.** Da nach der gesetzlichen Regel alle Vermögensgegenstände der Gesellschaft in Geld umzusetzen sind (§. 149 Anm. III), so ist in §. 155 nur die Verteilung von Geld behandelt. Eine Überweisung von Außenständen der Gesellschaft seitens der Liquidatoren an einzelne Gesellschafter gegen deren Willen ist unzulässig (P. 1015). Erfolgt gemäß einer einstimmig beschlossenen Anordnung der Beteiligten (§. 152) keine vollständige Umsetzung in Geld, und muß daher eine Teilung in Natur vorgenommen werden, so ist in erster Reihe die Anordnung der Beteiligten für die Art der Teilung maßgebend; in zweiter Reihe werden die Bestimmungen des B.G. §§. 752—757, 731 Satz 2 (abgedruckt hinter H.G.B. §. 160), soweit mit den Rechtsverhältnissen der offenen Handelsgesellschaft vereinbar, zur Anwendung zu bringen sein. Durch Beschluß der Gesellschafter (unter Zustimmung eines durch Kündigung beteiligten Privatgläubigers oder des Verwalters im Konkurs eines Gesellschafters) kann die Liquidation auch jederzeit unterbrochen und eine andere Art der Auseinandersetzung angeordnet werden (§. 145 Anm. III).

b. **Abschlagsverteilung.** Auf die alsbaldige Verteilung des entbehrlichen Geldes hat jeder einzelne Beteiligte einen klagbaren Anspruch (R.O.H. III, 338; vgl. Bolze Bd. 13 Nr. 504). Darüber jedoch, welche Beträge gemäß §. 155 Abs. 2 Satz 2 zurückbehalten werden müssen und daher nicht entbehrlich sind, entscheidet das pflichtgemäße Ermessen (vgl. B.G. §. 315) der Liquidatoren (R.O.H. XXV, 167).

Das vor Auflösung der Gesellschaft bestehende Recht des einzelnen Gesellschafters auf Entnahme (§. 122 Abs. 1) ist für die Zeit der Liquidation ausdrücklich ausgeschlossen, eine Entnahme mithin — außer gemäß einstimmiger Anordnung der Beteiligten — nur auf Grund einer Abschlagsverteilung zulässig. Die Abschlagsverteilung ist nur eine vorläufige. Ein etwa zuviel verteilter Betrag kann daher von den Liquidatoren zurückgefordert werden (Staub Art. 141 §. 2, Hahn Art. 141 §. 2), während sie Zuschüsse seitens der Gesellschafter sogar bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens zur Schuldentilgung nicht fordern können (§. 149 Anm. II d). Die Abschlagsverteilung hat — abweichend von der Schlußverteilung (oben Anm. II b) — nach dem Verhältnis der Kapitalkonten in der Eröffnungsbilanz (§. 154) zu erfolgen (Denkschr. 106) Da nicht vorauszusehen ist, ein wie großer Verlust etwa während der Liquidation entsteht, so müssen nicht nur zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten, sondern auch zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zukommenden Beträge die erforderlichen Gelder zurückbehalten werden; durch Abschreibung des Verlustes der Liquidationszeit kann sich sogar der Aktivsaldo eines Gesellschafters auf Kapitalkonto in einen Passivsaldo verwandeln (Denkschr. 106).

Über die Befriedigung von Gläubigerforderungen einzelner Gesellschafter an die Gesellschaft vgl. § 149 Anm. II d.

c. **Streit der Gesellschafter.** Ein unter den Gesellschaftern über die Verteilung entstandener Streit hat zur Folge, daß die Verteilung bis zur Entscheidung (gerichtlichen oder schiedsrichterlichen, Denkschr. 107) auszusetzen ist. Dies gilt indessen nur von der Verteilung des durch den Streit betroffenen Teiles des Gesellschaftsvermögens. Im übrigen bleiben die Vorschriften des §. 155 Abs. 2 über Abschlagsverteilungen maßgebend. Die Liquidatoren haben selbständig keine Entscheidung zwischen streitenden Gesellschaftern zu treffen; die Liquidatoren als solche sind nicht etwa Schiedsrichter (M. 72). Die Klage ist gegen den bestreitenden Gesellschafter zu erheben (R.O.H. V, 391). Feststellungsklagen bezüglich einzelner Streitpunkte sind in der Regel zulässig, denn da das Vorhandensein derartiger Streitpunkte die endgiltige Abrechnung und Verteilung in der Regel aufhält, so wird ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (C.P.O. §. 256) in der Regel vorliegen (§. 123

Anm. IIa 2; dagegen R.O.H. XXIII, 197). — Über eine etwa vorbereitende Klage auf Rechnungslegung betreffs Geschäftsführung vor Liquidationseintritt vgl. §. 114 Anm. VI. Über Geltendmachung von Ausgleichsforderungen nach Liquidationsbeendigung vgl. unten Anm. IV b.

IV. **Ansprüche der Gesellschafter gegen einander.**

a. **Ansprüche.** Die Gesellschaft hat kein Recht, gegenüber dem einzelnen Gesellschafter zu verlangen, daß er mehr als die vereinbarte Einlage einzahle; selbst dann nicht, wenn sich bei Liquidation ein Fehlbetrag ergiebt (§. 111 Anm. Ia). Auch im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft kann kein solcher Anspruch vom Konkursverwalter geltend gemacht werden (Denkschr. 107). Von rückständigen Einlagen abgesehen (§. 149 Anm. IIb), ist es daher nicht Sache der Liquidatoren, den Passivsaldo eines Gesellschafters zur Ausgleichung der wechselseitigen Ansprüche der Gesellschafter oder zur Tilgung von Gesellschaftsschulden einzuziehen (Denkschr. 107). Die Gesellschafter haben vielmehr den Verlust unter sich auszugleichen (Denkschr. 107); ebenso bei etwaigen sonstigen unter den Gesellschaftern bestehenden Ausgleichungsansprüchen aus der Zeit vor Auflösung der Gesellschaft (Bolze Bd. 22 Nr. 507, J.W. 1896 S. 303 Nr. 23). Nach außen bleibt die Gesamthaftung der Gesellschafter bestehen. Für das Verhältnis nach innen kommt zur entsprechenden Anwendung B.G. § 735:

„Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen."

Der §. 735 Satz 1 B.G. enthält in Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft nur die Bestimmung, daß der Fehlbetrag von jedem Gesellschafter in derjenigen Höhe zu tragen ist, in welcher sein Passivsaldo in der Schlußbilanz erscheint. Die Verteilung nach dem Verhältnis der Verlustanteile ist hier schon durch die bei Aufstellung der Schlußbilanz zu machenden Buchungen erfolgt. (Es hat nicht etwa eine nochmalige Verteilung der Summe aller in der Schlußbilanz erscheinenden Passivsalden nach dem Verhältnis des Verlustes zu erfolgen). Jeder frühere Gesellschafter mit Passivsaldo schuldet dann jedem früheren Gesellschafter mit Aktivsaldo einen Betrag, welcher sich durch Teilung des betreffenden Passivsaldos nach dem Verhältnis jenes Aktivsaldos zu der Summe der übrigen Aktivsalden ergiebt (Cosack S. 565). — Nach §. 735 Satz 2 B.G. ist ein Ausfall, der durch Zahlungsunfähigkeit eines mit einem Passivsaldo belasteten Gesellschafters veranlaßt wird, nicht von den Inhabern von Aktivsalden allein, vielmehr von allen Gesellschaftern nach den Grundsätzen über die Verteilung des Gesellschaftsverlustes zu tragen (Denkschr. 107).

b. **Geltendmachung von Ausgleichsforderungen.** Über die Frage, ob und inwieweit bis zum Schluß der Liquidation eine Ausgleichsforderung erhoben werden kann, vgl. §. 128 Anm. IIb). Über Rechtsstreite betreffend Verteilung des Liquidationserlöses vgl. oben Anm. IIIc. Nach dem Schluß der Liquidation kann eine Ausgleichsforderung in der Regel nur unter Aufmachung der gegenseitigen Gesamtabrechnung, nicht durch Herausgreifen einer Einzelforderung, erhoben werden (R.O.H. XXIII, 195; dagegen R.O.H. XII, 274; vgl. R.O.H. XIX, 350). Abweichend jedoch, insoweit ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Ausgleichung bezüglich der Einzelforderung auch schon vor Schluß der Liquidation zustand (§. 128 Anm. IIb; ähnlich O.L.G. Frankfurt v. 18. Juni 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 543). Abweichend ferner auch, soweit von vornherein feststeht, daß die bei Aufstellung der

Gesamtabrechnung sich ergebende Forderung höher sein würde, als der geltend gemachte Einzelanspruch (R.G. XL, 32). Die Ausgleichung kann nicht abgelehnt, noch Sicherheitsleistung verlangt werden, nur weil noch nicht alle Schulden der Gesellschaft bezahlt sind und deshalb, je nachdem der Gesellschaftsgläubiger demnächst den einen oder den anderen gesamthaftenden Gesellschafter in Anspruch nimmt, die Gesamtabrechnung sich demnächst ändern würde (R.O.H. XII, 42, R.G. XL, 32). Derartige nachträgliche Zahlungen erzeugen, sobald erfolgt, neue Ausgleichsforderungen des zahlenden Gesellschafters. Diesen nachträglichen Ausgleichsforderungen kann dann die als Ergebnis der früheren Abrechnung etwa bestehende Gegenforderung des ausgleichspflichtigen Gesellschafters entgegengesetzt werden (vgl. R.O.H. XIX, 350). Die Ausgleichsforderung wegen einer nachträglichen Zahlung ist übertragbar, denn sie steht einer Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben gleich (B.G. §. 717; vgl. R.O.H. XIX, 350).

§. 156.

Rechtsverhältnis nach innen und außen während der Liquidation.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

A.D.H. Art. 144. **Entw. I** §. 142. **Entw. II** §. 154.

§. 156.

I. **Vorschriften des zweiten Titels. Rechtsverhältnis nach innen.**

a. **Allgemeines.** Für fortgesetzt anwendbar sind erklärt die Vorschriften des zweiten Titels über das Rechtsverhältnis der bisherigen „Gesellschafter untereinander"; hierin eingeschlossen sind die Vorschriften jenes Titels über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Die Vorschriften des zweiten Titels sind nicht auch für entsprechend anwendbar erklärt auf das Verhältnis der Liquidatoren untereinander oder der Liquidatoren zur Gesellschaft. — Über die Einwirkung des Eintritts der Liquidation auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft §. 149 Anm. II d, auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die übrigen gesamthaftenden Gesellschafter §. 128 Anm. II a.

b. **Die einzelnen Vorschriften.**

1. **§. 109 H.G.B.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz. Anwendbar, soweit nicht Rechte des kündigenden Privatgläubigers und des Verwalters im Konkurse eines Gesellschafters entgegenstehen (§. 145 Abs. 1, §. 146 Abs. 2, 3, §. 147, §. 152).
2. **§. 110 H.G.B.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. Anwendbar, soweit Aufwendungen eines Gesellschafters in Betracht kommen. Nicht anwendbar, soweit Verluste eines Gesellschafters in Betracht kommen, da mangels einer Geschäftsführung durch einen Gesellschafter als solchen die Voraussetzungen der auf Verluste bezüglichen Bestimmung des §. 110 nicht vorliegen können.
3. **§. 111 H.G.B.** Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahmen. Anwendbar. — Auch während Liquidation besteht keine Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage über den vereinbarten Betrag (§. 111 Anm. I a). Über die Einziehung rückständiger oder zurückgezahlter Ein-

lagen durch die Liquidatoren vgl. §. 149 Anm. II b. Über die Möglichkeit einer Unterschlagung von Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft vgl. §. 111 Anm. III b.

4. **§§. 112, 113 H.G.B.** Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar (§. 112 Anm. I e).

5. **§§. 114—117 H.G.B.** Geschäftsführung. Nicht anwendbar, da mit der Auflösung der Gesellschaft das Geschäftsführungsrecht und die Geschäftsführungspflicht unmittelbar (§. 145 Anm. II a) auf die Liquidatoren übergehen. Fallen die durch Vertrag, Beschluß oder gerichtliche Verfügung ernannten Liquidatoren fort, so geht die vorläufige Geschäftsführung nicht etwa an die früheren Gesellschafter als solche, sondern an die nach Gesetz berufenen Liquidatoren (§. 146 Abs. 1) über. Soweit die Gesellschafter als solche trotz Bestehens der Liquidation Geschäfte zu führen haben (vgl. §. 149 Anm. I), kann dies nur gemäß den besonderen für die Liquidationszeit maßgebenden Vorschriften (B.G. §. 730 Abs. 2, H.G.B. §. 152) erfolgen. Anzuwenden ist B.G. §. 730 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1:

> „Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugnis zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergiebt, mit der Auflösung der Gesellschaft;..“

Über die Pflicht zu vorläufiger Fürsorge in einigen Fällen der Auflösung der Gesellschaft vgl. §. 137, über die zu Gunsten eines die Auflösung nicht kennenden Gesellschafters bestehende Annahme einer Fortdauer der früheren Geschäftsführungspflicht vgl. §. 136.

6. **§. 118 H.G.B.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters, insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Der §. 118 H.G.B. ist für anwendbar auch während der Liquidation zu erachten (Hahn Art. 144 §. 2, R.O.H. V, 394; dagegen R.O.H. VII, 71 und Staub). Die Gesellschafter während der Liquidation stehen den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern gleich, und auch den letzteren steht das Recht des §. 118 zu. Die in §. 118 zugestandene Nachprüfung und Einsicht enthält keinen Eingriff in die Geschäftsführung, und auch während der Liquidation stehen dem einzelnen Gesellschafter Rechte zu (z. B. §. 147), für deren sachgemäße Ausübung unter Umständen erst bei vorhandener Möglichkeit eines Einblicks in die Geschäftsführung der Liquidatoren eine Grundlage gewonnen werden kann. Vgl. auch §. 157 Abs. 3: „behalten“.

7. **§. 119 H.G.B.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar. Vgl. jedoch §. 152.

8. **§. 120 H.G.B.** Gewinn- und Verlustanteil. Da während der Liquidation keine Jahresbilanzen gezogen werden (§. 154 Anm. II), so ist §. 120 nur entsprechend anwendbar auf die Ermittelung des in die Eröffnungsbilanz und demnächst des in die Schlußbilanz (§. 154 Anm. I) einzustellenden Gewinns oder Verlustes. Beispiele der Berechnung bei Cosack S. 565.

9. **§. 121 H.G.B.** Höhe des Gewinn- und Verlustanteils. Anwendbar auf den Gewinn oder Verlust der Liquidationszeit als Ganzes (§. 155 Anm. II b).

10. **§. 122 H.G.B.** Entnahmen. Verminderung des Kapitalanteils. Die Anwendbarkeit des §. 122 Abs. 1 ist ausdrücklich ausgeschlossen in §. 153 Abs. 2. Der §. 122 Abs. 2 ist anwendbar mit der Maßgabe, daß eine Verminderung des Kapitalanteils nur mit Zustimmung der Beteiligten (§. 146 Anm. III b) zulässig ist (§. 155 Anm. III b). Die Gesellschaftsgläubiger haben kein Widerspruchsrecht (vgl. §. 145 Anm. II), abgesehen von den Rechten der Gläubiger bei einer etwa auf diesem Wege versuchten Vereitelung der Zwangsvollstreckung gegen

die Gesellschaft (St.G.B. §. 288, B.G. §. 134) oder der Anfechtung in einem demnächst eintretenden Gesellschaftskonkurse.

II. **Vorschriften des dritten Titels. Rechtsverhältnis zu Dritten.**

1. **§. 123 H.G.B.** Beginn der Wirksamkeit. Nicht anwendbar. Maßgebend sind §§. 143, 148, 15.

2. **§. 124 H.G.B.** Rechtsfähigkeit unter der Firma. Anwendbar (vgl. §. 149 Anm. IV d). Auch während Liquidation ist die Gesellschaft und sind nicht die Gesellschafter als solche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens (R.G. XXV, 256).

3. **§§. 125—127 H.G.B.** Vertretungsmacht der Gesellschafter. Nicht anwendbar. Es gilt das oben Anm. Ib 5 bezüglich der Geschäftsführung Gesagte. Während Liquidation sind die Gesellschafter als solche nicht berechtigt zur Vertretung der Gesellschaft (Str. Bd. 64 S. 266; R.O.H. V, 390, XXI, 390; §. 149 Anm. Ia. Ausnahme: §. 149 Anm. IV b). Der einzelne Gesellschafter kann auch nicht gegen einen Schuldner der Gesellschaft auf Zahlung an (die vorhandene oder zu bildende) Liquidationsmasse klagen (Bolze Bd. 13 Nr. 501). — Da während der Liquidationszeit die Regel der Gesamtgeschäftsführung auch für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (soweit diese überhaupt ausnahmsweise Geschäfte führen) gilt (§. 156 Anm. I b 5), ist B.G. §. 714 entsprechend anwendbar, mithin das in B.G. §. 730 Abs. 2 für die Geschäftsführungsbefugnis Bestimmte auch für die Vertretungsmacht im Zweifel maßgebend. Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung einer versäumten oder erfolgten Eintragung der Auflösung (§. 143) oder der Liquidatoren (§. 148) vgl. §. 15.

4. **§. 128 H.G.B.** Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Die bestehende Haftung erfährt durch den Eintritt der Liquidation keine Änderung (R.O.H. V, 393, XIII, 146; vgl. auch §. 145 Anm. IIc). Die Gesamthaftung besteht auch für die von den Liquidatoren für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen (ebenso Staub, Cosack, S. 561, dagegen R.O.H. XXI, 47). Diese — allerdings bedenkliche — Folgerung hätte, wenn sie nicht gewollt wäre, ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen; aus dem „Zwecke der Liquidation" ergiebt sich nicht notwendig das Gegenteil. — Über die Einwirkung des Eintritts der Liquidation auf Ansprüche der Gesellschafter gegen die übrigen gesamthaftenden Gesellschafter vgl. §. 128 Anm. IIa.

5. **§. 129 H.G.B.** Zulässige Einwendungen des Gesellschafters. Anwendbar.

6. **§. 130 H.G.B.** Haftung neu eintretender Gesellschafter. Da nach Auflösung der Gesellschaft neue Gesellschafter nicht eintreten können, so kann während Liquidation der Fall des §. 130 nicht vorkommen. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters im Sinn des §. 130 liegt nicht vor, wenn Erben an die Stelle des während der Liquidation verstorbenen Erblassers treten (§. 105 Anm. I d 2). Die Beteiligten sind allerdings in der Lage, die Aufhebung der Liquidation und Fortsetzung der Gesellschaft (§. 131 Anm. III) zu beschließen und dann einen neuen Gesellschafter aufzunehmen.

III. **Sonstige Vorschriften.** Indem §. 156 die Vorschriften des zweiten und dritten Titels für anwendbar erklärt, schließt er nicht aus, daß auch sonstige, auf die inneren und äußeren Rechtsverhältnisse der bestehenden offenen Handelsgesellschaft bezügliche Vorschriften unmittelbar oder entsprechend anwendbar sind. Dies gilt namentlich von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und den Vorschriften über das Verfahren. Der Gerichtsstand der Gesellschaft (§. 109 Anm. IV) zur Zeit ihrer Auflösung dauert fort (Denkschr. 107); der Liquidator für seine Person ist nicht Partei (§. 149 Anm. IV d),

mithin auch sein persönlicher Gerichtsstand unerheblich (dagegen R.O.H. XII, 217). Ebenso dauert die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens fort (vgl. R.G. XXVIII, 134).

IV. **Beendigung der Liquidation.** Die Liquidation ist beendigt erst, wenn alle Bestandteile des Gesellschaftsvermögens verwertet sind (O.L.G. Dresden v. 21. Juni 1892 Z.f.H. Bd. 42 S. 533) und die Verteilung gemäß §. 155 durchgeführt ist. Die Eintragung und Bekanntmachung der Beendigung hat auch hier nur erklärende Wirkung (§. 15 Anm. III A), ist mithin nicht entscheidend. Die in §. 156 vorgeschriebene fortdauernde Anwendbarkeit der Vorschriften über die bestehende Gesellschaft dauert nur bis zur Beendigung der Liquidation, nicht darüber hinaus. Ist daher die Liquidation beendet, so kann nicht nachträglich namens der Gesellschaft eine Handlung vorgenommen werden (O.L.G. Dresden v. 21. Juni 1892 Z.f.H. Bd. 42 S. 533). Über die Rechtslage betreffs der bei Beendigung der Liquidation schwebenden Rechtsstreite vgl. §. 124 Anm. II c. Erst die Beendigung der Liquidation, nicht schon die Auflösung der Gesellschaft, bewirkt das Aufhören aller Rechtsbeziehungen der Gesellschaft (§. 131 Anm. II).

§. 157.

Anmeldung des Erlöschens der Firma, Bücher und Papiere.

Nach der Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft werden einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer Verständigung durch das Gericht bestimmt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Die Gesellschafter und deren Erben behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

A.D.H. Art. 145. **Entw. I** §. 143. **Entw. II** §. 155.

§. 157.

I. **Beendigung der Liquidation** vgl. §. 156 Anm. IV.

II. **Anmeldung des Erlöschens der Firma.**

a. **Erlöschen der Firma.** Vgl. §. 31 Anm. III, §. 153 Anm. I. Wird während der Liquidation die frühere Firma veräußert (§. 149 Anm. II c), so ist hierauf §. 157 nicht anzuwenden; vielmehr ist die Änderung der Firmeninhaber (§. 31 Anm. I) von den Liquidatoren (§. 148 Anm. I b) anzumelden. Endet die Liquidation gleichzeitig mit der Veräußerung der Firma, so kann die Anmeldung eines Erlöschens der Firma nicht in Frage kommen, trotzdem §. 157 Abs. 1 so gefaßt ist, als müßte seine Bestimmung notwendig nach jeder Liquidationsbeendigung befolgt werden. Endet die Liquidation nicht gleichzeitig, sondern wird sie fortgeführt, so wird — namentlich wenn noch Rechtsbeziehungen zu Dritten bestehen — die Annahme einer neuen Firma kaum zu umgehen sein. Die neue Firma (§§. 19, 153) wird von den Liquidatoren (§. 148 Anm. I b) anzumelden sein (§. 29, §. 1 Anm. II G) und ist demnächst gemäß §. 157 Abs. 1 nach Beendigung der Liquidation zur Löschung zu bringen. — Erlischt die Firma ohne Liquidation, z. B. durch Verkauf des Geschäfts ohne Firma, so haben die Gesellschafter die Anmeldung vorzunehmen (§. 31, Denkschr. 108).

b. **Anmeldung durch die Liquidatoren.** Über die Form der Anmeldung §. 12. Kann die Anmeldung nicht im Ordnungsstrafverfahren (§. 14) erzwungen werden, so hat

das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen (§. 31 Abs. 2, Denkschr. 108). Über das Verfahren bei Löschung einer Firma von Amts wegen bestimmt G.fr.Ger. §. 141 (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.). Die Eintragung und Bekanntmachung hat nach allgemeiner Regel nur erklärende Wirkung; die Vertretungsmacht der Liquidatoren endet daher auch ohne Eintragung oder Bekanntmachung schon bei thatsächlicher Beendigung der Liquidation (§. 149 Anm. IVe), vorbehaltlich der Rechte Dritter aus §. 15 Abs. 1, 3.

III. **Aufbewahrung der Bücher und Papiere.** Über den Umfang und die Dauer der Aufbewahrungspflicht bestimmt §. 44. Der Verwahrer wird in erster Reihe durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt (§. 109 Halbsatz 1). Mangels einer solchen Bestimmung entscheidet eine während der Liquidation getroffene Verständigung. Die Denkschr. 108 setzt eine „Übereinkunft der Gesellschafter" voraus. In der That kann wohl nicht eine „Übereinkunft der Beteiligten" verlangt werden, da dem Privatgläubiger und dem Verwalter im Konkurse des Gesellschafters kein so weitgehendes Einsichts- und Benutzungsrecht wie den Gesellschaftern (§. 156 Anm. Ib 6, §. 157 Anm. IV) zusteht. Ebensowenig ist eine Zustimmung der Liquidatoren als solcher erforderlich (Staub). Kommt eine Übereinkunft der Gesellschafter nicht zu stande, so kann eine Verfügung des Registergerichts herbeigeführt werden. Das im letzteren Fall zur Anwendung kommende Verfahren ist geordnet durch G.fr.Ger. §§. 145, 146 (abgedruckt vor §. 105). Für die richterliche Entscheidung kann von Einfluß sein, welcher bisherige Gesellschafter die kaufmännische Leitung des Geschäfts einschließlich der Buchführung besorgt hat (R.O.H. VII, 74). Über die möglicherweise bestehenden Rechte eines Geschäftsübernehmers auf Aushändigung der Bücher vgl. §. 22 Anm. Id.

IV. **Recht auf Einsicht und Benutzung.** Berechtigte sind die bisherigen Gesellschafter und jeder Erbe, nicht der durch Geschäftskündigung beteiligte Privatgläubiger oder der Verwalter im Konkurse eines Gesellschafters (Anm. III), noch ein sonstiger Sondernachfolger (Denkschr. 108), auch nicht die Liquidatoren. Inwieweit andere Personen als die Gesellschafter und Erben ein Recht auf Einsicht haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln (B.G. §. 810, H.G.B. §§. 45—47). Nach §. 157 Abs. 3 „behalten" die Gesellschafter und Erben das Recht auf Einsicht und Benutzung. Hieraus folgt, daß der §. 157 Abs. 3 ihnen kein größeres Recht giebt, als sie bereits vorher (§. 118, §. 156 Anm. Ib 6) hatten (dagegen anscheinend R.O.H. VII, 72). Über die Zulassung von Vertretern bei Einsicht der Bücher vgl. §. 118 Anm. IIc 3. Der §. 157 Abs. 3 ist nur auf die Zeit nach Beendigung der Liquidation (oben Anm. I) anwendbar (R.O.H. VII, 75); für die Zeit während Liquidation vgl. §. 156 Anm. Ib 6.

§. 158.

Andere Art der Auseinandersetzung.

Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, so lange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 144. **Entw. II** §. 156.

§. 158.

I. **Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung statt der Liquidation.** Vgl. §. 145 Anm. IIIa. Nach Denkschr. 108 liegt der Fall des §. 158 vor, „wenn die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, und selbstverständlich auch, wenn eine bestimmte Entschließung hierüber noch nicht erfolgt ist." Das letztere ist nicht als zutreffend anzuerkennen.

Mit der Auflösung tritt unmittelbar kraft Gesetzes die Liquidation ein, falls nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart ist (§. 145; nicht „wird"). Die Liquidation beginnt nicht etwa erst mit Anmeldung der Liquidatoren; die Eintragung der letzteren hat nur erklärende Wirkung (§. 15 Anm. III A). Es besteht nach Auflösung keine Schwebezeit, innerhalb deren die Gesellschafter überlegen können, ob sie eine Liquidation eintreten lassen wollen; sie sind nur in der Lage, eine bereits eingetretene Liquidation durch Vereinbarung wiederaufzuheben (§. 145 Anm. III a). Bei entgegengesetzter Auslegung wäre die Gesellschaft zeitweise ohne Vertreter; auch wäre es leicht, durch Verzögerung einer Entschließung die Rechte des Privatgläubigers oder Konkursverwalters auf das Nichtunterbleiben einer Liquidation (§. 145 Abs. 2) zu vereiteln. — Ein Auseinandersetzungsvertrag, gemäß dem ein bisheriger Gesellschafter dem anderen bisherigen Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen gegen Empfang einer Abfindungssumme überläßt, enthält zwar eine Übertragung von Rechten gegen Entgelt, aber keinen Kaufvertrag (R.G. XXV, 257).

II. **Entsprechende Anwendung von Vorschriften über Liquidation.**

a. **Entsprechende Anwendung.** Eine Eintragung von Liquidatoren findet nicht statt (Denkschr. 108). Die Gesellschafter stehen den Liquidatoren gleich; sie sind in der Regel gesamtvertretungsberechtigt, selbst wenn sie früher einzelvertretungsberechtigt waren (§. 150; vgl. §. 156 Anm. II 3). Sie haben die unbeschränkbare gesetzliche Vertretungsbefugnis der Liquidatoren (Denkschr. 108). Auch §. 156 kommt im Verhältnisse zu Dritten zu entsprechender Anwendung (Denkschr. 108). Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend (§. 131 Anm. III), soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert (B.G. §. 730 Abs. 2). Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und auch Vollstreckungshandlungen sind gegen die Gesellschaft als solche zulässig (Denkschr. 108). Ebenso die Eröffnung eines Gesellschaftskonkurses (K.O. §§. 209 Abs. 2, 207 Abs. 2).

b. **Im Verhältnis zu Dritten.** „Dritter" vgl. §. 126 Anm. II a.

c. **Solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.** Gesellschaftsvermögen (§. 105 Anm. I g 1) muß noch vorhanden sein. Soweit solches überhaupt vorhanden, kann es nicht anders ungeteilt sein. Geteiltes Gesellschaftsvermögen ist ein Unding. Kein Gesellschaftsvermögen ist mehr vorhanden, wenn — abgesehen von Scheinverträgen — ein früherer Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ohne Teilung in Natur einigen oder allen Gesellschaftern zu gemeinschaftlichem Eigentum übereignet worden ist (§. 105 Anm. I g 3).

III. **Auseinandersetzung.** Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist in erster Reihe die Vereinbarung maßgebend. Ergänzend kommen die Vorschriften des B.G. §§. 730 ff. zu entsprechender Anwendung.

Sechster Titel.

Verjährung.

§. 159.

Verjährungsfrist. Beginn der Verjährung.

Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Wird der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

A.D.H. Art. 146. **Entw. I** §. 145. **Entw. II** §. 157.

§. 159.

I. **Verjährende Ansprüche.** Der Verjährung des §. 159 unterliegen nur die Ansprüche gegen einen Gesellschafter (§. 129 Anm. Ia) aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§. 128 Anm. III). Mithin weder Ansprüche gegen die Gesellschaft, noch Ansprüche gegen den Gesellschafter, welche nicht auf seiner Gesamthaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft beruhen. Auch Ansprüche gegen Gesellschafter aus Wechselverbindlichkeiten der Gesellschaft unterliegen — soweit die Wechselverjährung nicht eine kürzere — der Verjährung des §. 159, da der Sonderfall einer Verjährung gegen Gesellschafter nur im H.G.B., nicht in der W.O. (vgl. E.G. z. H.G.B. Art. 2 Abs. 2) geregelt ist (P. 4508). — Die Verjährung läuft auch zu Gunsten derjenigen Gesellschafter, welche Liquidatoren sind (M. 75). Auf der Gesamthaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft beruhen (und der Verjährung des §. 159 unterliegen daher, R.O.H. VIII, 248) auch Ansprüche von Gesellschaftern gegen ihre Mitgesellschafter auf Grund dieser Gesamthaftung (§. 128 Anm. IIa 3, 4. Dagegen Staub). So z. B. (§. 128 Anm. IIa 3 gegen herrschende Meinung) der Anspruch wegen Aufwendungen (dagegen, entsprechend jener herrschenden Meinung, R.O.H. VIII, 247). Hierzu gehört ferner die etwa (§. 128 Anm. IIb) während bestehender oder als fortbestehend geltender (§. 131 Anm. III, II) Gesellschaft entstandene Forderung eines Gesellschafters gegen seinen Mitgesellschafter auf Ausgleichung des zur Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers Gezahlten (dagegen R.G. VII, 94). Nicht aber eine solche erst später entstandene Forderung. Deshalb kann ein erst später zur Zahlung auf Grund seiner Gesamthaftung gezwungener Gesellschafter einen Ausgleichungsanspruch sogar gegenüber denjenigen früheren Mitgesellschaftern geltend machen, gegenüber denen der unmittelbare Anspruch des Gläubigers bereits gemäß §. 159 verjährt war (P. 261, 264). Ebenso beruhen nicht auf der Gesamthaftung, und unterliegen daher nicht dem §. 159, die sonstigen Auseinandersetzungsforderungen (§. 155 Anm. IVa) der bei Auflösung vorhandenen Gesellschafter gegen einander (R.G. VII, 94); wohl aber die Auseinandersetzungsforderung des ausgeschiedenen Gesellschafters (§. 138 Anm. IV, R.G. VII, 94). Ebenso nicht die Verbindlichkeiten, welche ein Gesellschafter — trotzdem er bereits als Gesamtschuldner nach dem Gesetz haftete — noch besonders übernommen hat (R.G. XI, 125), z. B. indem er auf einem von der Gesellschaft ausgestellten Wechsel unter seiner persönlichen Unterschrift die Annahmeerklärung ausstellte, oder indem er durch Rundschreiben oder sonstige Bekanntmachung erklärte, daß er die Passiva der aufgelösten Gesellschaft übernehme (R.G. X, 47, Bolze Bd. 16 Nr. 314). Ebensowenig endlich beruhen auf der Gesamthaftung die Forderungen der Gesellschaft an den Gesellschafter (R.O.H. VIII, 74).

Der fünfjährigen Verjährungsfrist des §. 159 unterliegen Ansprüche gegen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht, wenn die Verbindlichkeit der Gesellschaft einer kürzeren (B.G. §§. 196, 197) als jener fünfjährigen Verjährung unterliegt. Ist ein Anspruch gegen die Gesellschaft verjährt, so kann der Gesellschafter dies auch zu seinen Gunsten geltend machen (§. 129 Anm. IIb). Offen gelassen wurde die Frage, ob wenn eine Verjährungsfrist bereits laufe, und bei Auflösung oder Ausscheiden weniger als 5 Jahre zur Vollendung jener Verjährung erforderlich sind, die Verjährung gegen die Gesellschafter bei Vollendung jener ersten Verjährung oder erst nach 5 Jahren eintrete (P. 268). Zu entscheiden ist dahin, daß beide Verjährungen neben einander laufen, und bereits die

Vollendung einer derselben dem Gesellschafter das Recht zur Verweigerung der Leistung giebt. Der §. 159 kommt zur Anwendung auch gegenüber der dreißigjährigen Verjährung des B.G. §§. 218—220; gemäß §. 159 verjähren daher gegenüber dem Gesellschafter binnen fünf Jahren nach Ausscheiden oder Auflösung auch diejenigen Ansprüche, bezüglich deren nur gegenüber der Gesellschaft ein rechtskräftiges Urteil (R.G. XIII, 97), ein vollstreckbarer Vergleich, eine vollstreckbare Urkunde oder eine vollstreckbar gewordene Feststellung im Konkurse vorliegt. — Der §. 159 ist nicht entsprechend anwendbar auf eine nicht unter gemeinschaftlicher Firma betriebene, daher nicht die Eigenschaft einer offenen Handelsgesellschaft habende (§. 105 Anm. II e) Vereinigung (R.O.H. VIII, 248).

II. **Verjährung.**

a. Beginn. Die Verjährung beginnt nach §. 159 Abs. 2 mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft (§. 131 Anm. II) oder das Ausscheiden des Gesellschafters (§. 138 Anm. III) in das Handelsregister eingetragen ist (vgl. §. 143 Anm. I). Ob oder wann eine Bekanntmachung (§. 10) erfolgt, ist unerheblich (Denkschr. 109, P. 267, 1016, R.G. X, 45). Entscheidend ist — auch soweit die bei Zweigniederlassungen begründeten Ansprüche in Betracht kommen — die Eintragung bei dem Registergericht des Sitzes (§. 106 Anm. I) der Gesellschaft (§. 15 Anm. IV). Geht der Tag der Eintragung nicht aus dem Wortlaut des Eintragungsvermerks hervor, so kann der Zeitpunkt auch auf jede andere Weise festgestellt werden (R.O.H. XX, 349). Bei Ansprüchen gegen die Gesellschaft, welche erst nach Eintragung der Auflösung oder des Ausscheidens fällig werden (vgl. §. 145 Anm. II c), beginnt nach §. 159 Abs. 3 die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Entsprechend bei Forderungen, welche erst nach Auflösung oder Ausscheiden entstehen (R.G. X, 46). Maßgebend ist im übrigen B.G. §§. 198—200:

§. 198. „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung."

§. 199. „Kann der Berechtigte die Leistung erst verlangen, wenn er dem Verpflichteten gekündigt hat, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist. Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben."

§. 200. „Hängt die Entstehung eines Anspruchs davon ab, daß der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältnis bezieht."

Die Verjährung gegen die einzelnen Gesellschafter beginnt auch, wenn die Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses erfolgt ist (Denkschr. 109; anders nach bisherigem Recht: R.O.H. XXIII, 237, R.G. XXXV, 25). Falls auch ein Gesellschafter in Konkurs verfällt, so ist die Verjährung gegen ihn gehemmt (B.G. §. 202) bis der Ausfall im Gesellschaftskonkurse feststeht (Denkschr. 109, §. 129 Anm. II d). — Ohne Eintragung des Ausscheidens oder der Auflösung beginnt nicht die Verjährung (R.O.H. V, 82, VIII, 248), auch wenn jene Thatsachen in anderer Weise bekannt gemacht worden sind (Ob.-Trib. Bd. 65 S. 194). Dies gilt auch wenn die Errichtung der Gesellschaft nicht eingetragen war (R.O.H. XXII, 204; vgl. §. 143 Anm. I). — Auf eine bei Inkrafttreten des H.G.B. bereits begonnene Verjährung ist entsprechend anwendbar E.G. z. B.G. Art. 169.

b. Dauer. Die Verjährung dauert fünf Jahre, abweichend von der Regel der dreißigjährigen Verjährung (B.G. §. 195). Für die Berechnung ist maßgebend B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2. — An die Stelle der fünfjährigen Frist tritt

— abgesehen von regelmäßig wiederkehrenden oder erst künftig fällig werdenden Leistungen — eine dreißigjährige, wenn — vor oder nach Auflösung oder Ausscheiden — gegenüber dem betreffenden Gesellschafter (anders, wenn nur gegenüber der Gesellschaft, oben Anm. I) der Anspruch rechtskräftig festgestellt ist, ein vollstreckbarer Vergleich, eine vollstreckbare Urkunde oder eine vollstreckbar gewordene Feststellung im Konkurse erlangt ist (B.G. §. 218 ff.).

c. **Hemmung, Unterbrechung.** Maßgebend sind B.G. §§. 202—207 (Denkschr. 110; vgl. R.G. XIX, 142). Nach B.G. §. 425 wirkt, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt", die Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, nur für und gegen denjenigen Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Ein Anderes ergiebt sich nun insoweit, daß die für die Gesellschaft eintretenden Thatsachen, also insbesondere die eingetretene Verjährung einer Schuld der Gesellschaft, auch zu Gunsten der bisherigen Gesellschafter wirken (§. 129 Anm. IIb; vgl. §. 128 Anm. Ib). Die gegen die Gesellschaft eintretenden Thatsachen, also z. B. eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung einer Schuld der Gesellschaft, wirken (§. 129 Anm. IIb) gegen diejenigen Gesellschafter, welche zur Zeit des Eintretens der Thatsache noch Gesellschafter sind (§. 129 Anm. Ia). Dasselbe müßte an sich, im Falle des Eintretens jener Thatsache während Liquidation oder während Auseinandersetzung vor völliger Aufteilung des Gesellschaftsvermögens, gegen diejenigen gelten, welche Gesellschafter der während dieser Zeit als fortbestehend geltenden (B.G. §. 730 Abs. 2) Gesellschaft sind (§. 156 Anm. II 5, §. 158 Anm. IIa). Ausnahmsweise bei Verjährung darf die letzterwähnte Folgerung indessen nicht gezogen werden, weil §. 159 die Anordnung einer besonderen Verjährung gegen die Gesellschafter nach Gesellschaftsauflösung enthält, diese besondere Verjährung daher läuft, selbst wenn nach Gesellschaftsauflösung die Verjährung gegen die als fortbestehend geltende Gesellschaft gehemmt ist. Die so aus §. 159 abzuleitende Ausnahme für Hemmung und Unterbrechung ist für die Unterbrechung wieder aufgehoben durch §. 160. — Gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter wirkt (nach der allgemeinen Regel des §. 425 B.G.) nicht die gegen die Gesellschaft eintretende Hemmung oder Unterbrechung (§. 129 Anm. Ia, §. 160 Anm. II, Denkschr. 110). Steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine aufschiebende Einrede aus §. 129 Abs. 2 oder 3 zu, so wird hierdurch nicht die Verjährung gegen diesen früheren Gesellschafter gemäß B.G. §. 202 Abs. 1 gehemmt, denn die Ausnahme des B.G. §. 202 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar, da H.G.B. §. 129 Abs. 2, 3 dem in B.G. §. 202 Abs. 2 erwähnten B.G. §. 770 nachgebildet sind (§. 129 Anm. IIc). — Die gegenüber einem Gesellschafter (oder einem früheren Gesellschafter) erfolgende Hemmung und Unterbrechung wirkt nach B.G. §. 425 nicht gegen einen anderen Gesellschafter (Denkschr. 110). — Leistet ein früherer Gesellschafter als solcher (nicht als Liquidator) eine Abschlagszahlung an einen Dritten auf eine Schuld der Gesellschaft, so liegt hierin keine Unterbrechung gegenüber der Gesellschaft, da in der Handlung des Gesellschafters, der nicht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, keine Handlung der verpflichteten Gesellschaft (B.G. §. 208) liegt; mithin ist §. 160 H.G.B. in diesem Fall nicht anwendbar. Spricht aber der Zahlende nicht aus, daß er aus besonderem Grunde das Bestehen einer entsprechenden persönlichen Gesamtschuld nicht anerkenne und ist auch in einem etwaigen diesbezüglichen vom Dritten angenommenen Vorbehalt nicht ein Erlaß der Restschuld für die Person des Zahlenden zu erblicken, so liegt in jener Zahlung zugleich ein Anerkenntnis der persönlichen Schuld, mithin auch eine Unterbrechung der für diese laufenden Verjährung (R.G. XIII, 98).

d. **Wirkung.** Maßgebend ist B.G. §§. 222—224:

§. 222. „Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse, sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten."

§. 223. „Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.

Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung bei der Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen."

§. 224. „Mit dem Hauptanspruche verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist."

e. **Entgegenstehende Vereinbarungen.** Maßgebend ist B.G. § 225:

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig."

Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist zulässig bei Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung, auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und auf Beseitigung eines Mangels des Werks (B.G. §. 477 Abs. 1 Satz 2, §. 638 Abs. 2).

§. 160.

Unterbrechung.

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.

A.D.H. Art. 148 Abs. 2. **Entw. I** §. 146. **Entw. II** §. 158.

§. 160.

I. **Unterbrechung der Verjährung.** Über die einzelnen Fälle der Unterbrechung bestimmt B.G. §§. 208—217. Über den Zusammenhang der Vorschrift des §. 160 mit den allgemeinen Grundsätzen über die Gesamthaftung der Gesellschafter vgl. §. 159 Anm. II c. Eine Unterbrechung gegen die Gesellschaft während Liquidation liegt nur vor, wenn die Handlung seitens derjenigen oder gegenüber denjenigen als Vertreter erfolgt, welche während Liquidation Vertreter der Gesellschaft (§. 149 Anm. I a) sind (R.O.H. IX, 86, R.G. V, 10). War die fünfjährige Verjährung gegenüber dem einzelnen Gesellschafter bereits vollendet, so wird das hierdurch begründete Recht zur Verweigerung der Leistung nicht beseitigt durch eine spätere Unterbrechung der gegen die Gesellschaft laufenden Verjährung (R.O.H. IX, 86).

II **Aufgelöste Gesellschaft.** Vgl. §. 131 Anm. II. Die Bestimmung ist nicht entsprechend anwendbar auf das erfolgte Ausscheiden eines Gesellschafters (§. 159 Anm. II c), auch nicht, wenn später, noch innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist, die unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehende Gesellschaft in Liquidation tritt (R.G. VI, 36).

Anhang zum ersten Abschnitt.

Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft.

Gesellschaftsvertrag.

§. 705. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Vgl. §. 105 H.G.B. Anm. Ib.

Beiträge. Einlagen.

§. 706. Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnvertheilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen.

Vgl. §. 111 H.G.B. Anm. Ia.

Erhöhung des Beitrags oder der Einlage.

§. 707. Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet.

Vgl. §. 111 H.G.B. Anm. Ia.

Haftung für Sorgfalt.

§. 708. Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Vgl. §. 114 H.G.B. Anm. V.

Geschäftsführung.

§. 709. Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

Statt B.G. §. 709 Abs. 1 bestimmen für die offene Handelsgesellschaft abweichend §§. 114, 115, H.G.B. Mit B.G. §. 709 Abs. 2 stimmt überein §. 119 Abs. 2 H.G.B.

Übertragung der Geschäftsführung.

§. 710. Ist in dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so finden die Vorschriften des §. 709 entsprechende Anwendung.

Mit §. 710 Satz 1 B.G. übereinstimmend §. 114 Abs. 2 H.G.B. Von §. 710 Satz 2 B.G. abweichend §. 115 H.G.B.

Vertragliche Einzelbefugnis zur Geschäftsführung.

§. 711. Steht nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, dass jeder allein zu handeln berechtigt ist, so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts durch den anderen widersprechen. Im Falle des Widerspruchs muss das Geschäft unterbleiben.

In dieser Fassung nicht anwendbar auf offene Handelsgesellschaften. Vgl. Anmerkungen zu §§. 709, 710 B.G., §. 115 Abs. 1 H.G.B.

Entziehung und Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis.

§. 712. Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluss oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung.

Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des §. 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

Von §. 712 Abs. 1 B.G. abweichend §. 117 H.G.B. Vgl. §. 117 H.G.B. Anm. Ia—c. Zu §. 712 Abs. 2 B.G. vgl. §. 117 H.G.B. Anm. II.

§. 671 Abs. 2, 3. Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat.

Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter.

§. 713. Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§. 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniss ein Anderes ergiebt.

Unübertragbarkeit des Auftrags. Haftung für Vertreter und Gehilfen.

§. 664. Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach §. 278 verantwortlich.

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar.

Vgl. §. 114 H.G.B. Anm. III.

§. 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §. 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

§. 276 Abs. 2. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

Abweichung von Weisungen.

§. 665. Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntniss der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Vgl. §. 116 H.G.B. Anm. II f.

Nachrichten. Auskunft. Rechenschaft.

§. 666. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

Vgl. §. 114 H.G.B. Anm. VI.

Herausgabe des Empfangenen.

§. 667. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

Vgl. §. 111 H.G.B. Anm. II.

Eigennützige Verwendung von Geld.

§. 668. Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

Vgl. §. 111 H.G.B. Anm. IV.

Vorschuss für Aufwendungen.

§. 669. Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

Vgl §. 110 H.G.B. Anm. I.

Ersatz von Aufwendungen.

§. 670. Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

Vgl. §. 110 H.G.B Anm. I.

Macht zur Vertretung anderer Gesellschafter.

§. 714. Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniss zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

Abweichend §. 125 H.G.B. (§. 125 Anm. Ia). — Für die Liquidationszeit vgl. §. 156 H.G.B. Anm. II 3.

Entziehung der Macht zur Vertretung anderer Gesellschafter.

§. 715. Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach

Massgabe des §. 712 Abs. 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugniss zur Geschäftsführung ertheilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

Abweichend §. 127 H.G.B.

Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters.

§. 716. Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschliessende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

Vgl. §. 118 H.G.B.

Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Beschränkte Übertragbarkeit.

§. 717. Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

Vgl. §. 105 H.G.B. Anm. If.

Gesellschaftsvermögen.

§. 718. Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

Vgl. §. 105 H.G.B. Anm. Ig.

Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

§. 719. Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

Vgl. §. 105 H.G.B. Anm. Ig.

Kenntnis Dritter von der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen.

§. 720. Die Zugehörigkeit einer nach §. 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntniss erlangt; die Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

Vgl. §. 105 H.G.B. Anm. Ig 1.

§. 406. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntniss hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntniss und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

§. 407. Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urtheil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urtheil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

§. 408. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Schuldners die Vorschriften des §. 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, dass die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.

Rechnungsabschluss. Gewinn- und Verlustverteilung.

§. 721. Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluss und die Vertheilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluss und die Gewinnvertheilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen.

Abweichend §§. 120—122 H.G.B.

Gewinn- und Verlustanteile.

§. 722. Sind die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Grösse seines Beitrags einen gleichen Antheil am Gewinn und Verluste.

Ist nur der Antheil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust.

Von §. 722 Abs. 1 B.G. abweichend §. 121 H.G.B., wonach vorweg vierprozentige Verzinsung der Kapitalanteile aus dem Jahresgewinn. Zu §. 722 Abs. 2 B.G. vgl. §. 121 H.G.B. Anm. II.

Kündigung.

§. 723. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Abweichend §§. 132, 133 H.G.B. (§. 132 H.G.B. Anm. III, IV).

Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft.

§. 724. Ist eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen, so kann sie in gleicher Weise gekündigt werden wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird.

Vgl. §. 134 H.G.B.

Pfändung des Gesellschaftsanteils durch Privatgläubiger.

§. 725. Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Antheils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht blos vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältniss ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnantheil, nicht geltend machen.

Abweichend §. 135 H.G.B. (§. 105 H.G.B. Anm. I g 1, §. 135 Anm. VI). Vgl. auch §. 141 H.G.B.

Endigung durch Zweckerreichung oder deren Unmöglichkeit.

§. 726. Die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.

Nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (Denkschr. 97); ersetzt durch §. 133 H.G.B. (§. 133 H.G.B. Anm. I d).

Auflösung durch Tod eines Gesellschafters.

§. 727. Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt.

Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Mit B.G. §. 727 Abs. 1 stimmt überein H.G.B. §. 131 Ziff. 4, mit B.G. §. 727 Abs. 2 im wesentlichen H.G.B. §. 137 Abs. 1.

Auflösung durch Konkurs eines Gesellschafters.

§. 728. Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die Vorschriften des §. 727 Abs. 2 Satz 2, 3 finden Anwendung.

Mit B.G. §. 728 Satz 1 stimmt überein H.G.B. §. 131 Ziff. 5, mit B.G. §. 728 Satz 2 im wesentlichen H.G.B. §. 137 Abs. 2. Vgl. auch §. 28 K.O.

Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis.

§. 729. Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniss zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniss erlangt oder die Auflösung kennen muss.

Vgl. §. 136 H.G.B. Vgl. auch §. 28 K.O.

Auseinandersetzung. Geschäftsführung nach Auflösung.

§. 730. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt.

Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugniss zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergiebt, mit der Auflösung der Gesellschaft; die Geschäftsführung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

Teilweise abweichend §§. 145, 146 H.G.B. Zu §. 730 Abs. 2 B.G. vgl. §. 131 H.G.B. Anm. II, §. 156 H.G.B. Anm. Ib 5.

Durchführung der Auseinandersetzung.

§. 731. Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung in Gemässheit der §§. 732 bis 735. Im Uebrigen gelten für die Theilung die Vorschriften über die Gemeinschaft.

Abweichend von §. 731 Satz 2 B.G. bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, soweit nicht gegenteilige Anweisung aller Beteiligten erfolgt (§. 149 H.G.B. Anm. III). Über Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters §. 738 ff. B.G. (§. 138 H.G.B. Anm. IV).

Teilung in Natur.

§. 752. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Theilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen. Die Vertheilung gleicher Theile unter die Theilhaber geschieht durch das Loos.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (§. 149 H.G.B. Anm. IIc, III).

Verkauf und Teilung des Erlöses.

§. 753. Ist die Theilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Theilung des Erlöses. Ist die Veräusserung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Theilhabern zu versteigern.

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Theilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch misslingt.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (§. 149 H.G.B. Anm. IIc, III).

Verkauf einer Forderung.

§. 754. Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Theilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

Abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (§. 149 H.G.B. Anm. IIb, III).

Gemeinsame Schuld.

§. 755. Haften die Theilhaber als Gesammtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemässheit des §. 748 nach dem Verhältnisse ihrer Antheile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Theilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, dass die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird.

Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden.

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach §. 753 zu erfolgen.

Der §. 755 Abs. 1 B.G., weil nur ein Gegengewicht gegen die (bei der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach gesetzlicher Regel ausgeschlossene) Teilung in Natur enthaltend, nicht entsprechend anwendbar auf die von der offenen Handelsgesellschaft zu den in §. 748 B.G. genannten Zwecken aufgenommenen Schulden. Der §. 755 Abs. 2 B.G. nicht anwendbar, weil Sondernachfolger eines offenen Handelsgesellschafters nur als Forderungsberechtigte vorkommen können (§. 105 Anm. Ig 2). Von §. 755 Abs. 3 B.G. abweichend nach gesetzlicher Regel bei Liquidation §. 149 H.G.B. (§. 149 H.G.B. Anm. IIc).

§. 748. Jeder Theilhaber ist den anderen Theilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Antheils zu tragen.

Nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 707 B.G., §. 105 H.G.B. Anm. Ig 3).

Auf die Gemeinschaft gegründete Forderungen der Teilhaber gegen einander.

§. 756. Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Theile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Die Vorschriften des §. 755 Abs. 2, 3 finden Anwendung.

Nicht anwendbar auf eine der gesetzlichen Regel entsprechende Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, weil nur ein Gegengewicht gegen die (bei der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in der Regel ausgeschlossene) Teilung in Natur enthaltend.

Gewährleistung.

§. 757. Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Theilhaber zugetheilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Theilhaber zu seinem Antheil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

Nach gesetzlicher Regel ist eine solche Zuteilung bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen (§. 149 H.G.B. Anm. IIc, III). Soweit eine Zuteilung ausnahmsweise erfolgt, entsteht eine dem §. 757 B.G. entsprechende Gewährleistungspflicht der Gesellschaft, und die übrigen Gesellschafter haften als Gesamtschuldner, vorbehaltlich der Einwendung, daß jeder nur auf Höhe ihres (Verlust-) Anteils hafte (§. 156 H.G.B., §. 128 H.G.B. Anm. IIa 3, IIb).

Benutzte Gegenstände eines Gesellschafters.

§. 732. Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen.

Anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 155 H.G.B. Anm. I a).

Schulden. Einlagen. Versilberung.

§. 733. Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluss derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Werth zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden.

Zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen.

Der §. 733 Abs. 1 B.G. teilweise nicht anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 149 H.G.B. Anm. II d). Von §. 733 Abs. 2 B.G. abweichend §. 155 Abs. 1 H.G.B. Von §. 733 Abs. 3 B.G. abweichend §. 149 H.G.B. (§. 149 H.G.B. Anm. III).

Überschuss.

§. 734. Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Ueberschuss, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältniss ihrer Antheile am Gewinne.

Abweichend §. 155 Abs. 1 H.G.B.

Fehlbetrag.

§. 735. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältniss aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft in dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander (§. 155 Anm. IV).

Ausscheiden eines Gesellschafters.

§. 736. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus.

Abweichend §. 138 H.G.B. Vgl. auch §. 141 H.G.B.

Ausschliessung aus wichtigem Grunde.

§. 737. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach §. 723 Abs. 1

Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das Ausschliessungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschliessung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschliessenden Gesellschafter.

Abweichend §. 140 H.G.B.

Rechte des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung.

§. 738. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Massgabe des §. 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Werth des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 138 H.G.B. Anm. IV).

Pflichten des Ausscheidenden bei Auseinandersetzung.

§. 739. Reicht der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 138 H.G.B. Anm. IV).

Bei Ausscheiden schwebende Geschäfte.

§. 740. Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Theil, welcher sich aus den zur Zeit seines Auscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

Entsprechend anwendbar auf die offene Handelsgesellschaft (§. 138 H.G.B. Anm. IV).

Zweiter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft.

I. Begriff. Vorschriften über offene Handelsgesellschaft als Grundlage (§. 161).

§. 161.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Theile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

A.D.H. Art. 150 u. a. **Entw. I** §. 147. **Entw. II** §. 159.

§. 161.

I. **Begriff der Kommanditgesellschaft.**

a. **Gesellschaft.** Vgl. §. 105 Anm. I. Die Sonderung der beiden Gestaltungen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft erfolgte erst im Laufe der Beratungen der Nürnberger Konferenz (P. 309, 1030—33, 1077ff., 1158, 1166). Erstere ist eine Gesellschaft nicht nur nach innen, sondern auch nach außen, letztere nur nach innen. — Der Eintritt einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ist für zulässig zu erachten (Johow II, 21 gegen XI, 20; §. 105 Anm. Ie 1); ebenso (§. 161 Anm. IIa) auch ihr Eintritt als Kommanditist. — Auch die Kommanditgesellschaft ist keine juristische Person (Johow VI, 64, R.O.H. XXV, 280, R.G. XXXII, 399; dahingestellt R.G. in Strff. XVIII, 124), wohl aber, ebenso wie die offene Handelsgesellschaft, eine selbständig rechtsfähige, unter selbständigem Gesamtnamen auftretende und organisierte Gemeinschaft zur gesamten Hand (§. 105 Anm. Ic).

b. **Der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.** Vgl. §. 105 Anm. II. Das Merkmal der gemeinschaftlichen Firma ist eins der Merkmale, welche die Kommanditgesellschaft von der stillen Gesellschaft unterscheiden.

c. **Bei mindestens einem Gesellschafter ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt (= Kommanditist).**

1. **Haftungsbeschränkung.** Vgl. §. 105 Anm. IIIa. „Persönlich" haftet auch der Kommanditist; nur beschränkt (Cosack S. 580).

2. **Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.** Vgl. §. 105 Anm. III b. Unerheblich ist, ob vereinbart ist, daß nach innen der Kommanditist unbeschränkt haften soll oder auch, daß er nach innen mit einem größeren oder mit einem kleineren Betrage als demjenigen haften soll, womit er nach außen (= gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) haftet. Der Betrag, womit er im inneren Verhältnis der Gesellschafter haftet, kann daher ein anderer sein als derjenige, womit er gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet (Denkschr. 110).
3. **Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage.** Das Wort „Betrag" deutet an daß durch eine bestimmte Geldsumme ausgedrückt werden muß, bis zu welcher Höhe der Kommanditist den Gläubigern haften soll (Denkschr. 111). „Vermögenseinlage" ist nicht nur jede Geldeinlage, sondern auch (R.G. II, 306) jede sonstige Einlage von Kapital (z. B. Sachen, Rechte, Kundschaft). Dagegen ist ein Beitrag von Arbeitsleistung überhaupt keine Einlage (§. 111 Anm. Ia) und jedenfalls keine Einlage von Vermögen (dagegen Renaud, K.G. S. 119). Eine Gesellschaft, bei welcher die Haftung des einen Gesellschafters gegenüber Dritten auf den geschätzten Wert einer bestimmten künftig beizutragenden Arbeitsleistung (nicht etwa das Ergebnis einer vergangenen Arbeitsleistung) beschränkt wird, ist daher nicht als Kommanditgesellschaft anzusehen (P. 288; dagegen nach bisherigem Recht Hahn Art. 150 §. 1 III, Staub Art. 150 §. 7, Behrend §. 87 Anm. 10). Zuzugeben ist allerdings, daß ein durchschlagender sachlicher Grund, beide Fälle verschieden zu behandeln, nicht ersichtlich ist. Bei gegenteiliger Auslegung würden die Worte „einer Vermögenseinlage" in der Begriffsbestimmung des §. 161 Abs. 1 überflüssig werden. Mit Absicht aber (vgl. nachstehenden Auszug aus der Denkschrift) ist §. 161 nicht dahin gefaßt worden, daß die Haftung „mit einem bestimmten Betrage" genügen solle. — Von der Stellung eines nur mit Arbeitsleistung beteiligten Gesellschafters (der, wenn die vorstehende Ausführung zutreffend, trotz vereinbarter Haftungsbeschränkung nicht als Kommanditist, sondern unbeschränkt haftet) ist zu unterscheiden die Stellung eines Handlungsgehilfen mit Anteil am Reingewinn (§. 59 Anm. II b).

Über das **Verhältnis von Einlage und Haftsumme** bemerkt Denkschr. 110: „Daß der Betrag der Einlage, zu deren Leistung sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, nicht unter allen Umständen mit dem Betrage, welcher für seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern maßgebend ist, übereinstimmen muß, daß also der Betrag der Einlage für das Verhältnis unter den Gesellschaftern und gegenüber Dritten ein verschiedener sein kann, ist schon gegenwärtig allgemein anerkannt und kommt in den Vorschriften der §§. 169, 171 des Entwurfs (§§. 172, 174 H.G.B.) noch klarer zum Ausdrucke. Der bezeichnete Umstand kann jedoch nicht dazu führen, die dem A.D.H. zu Grunde liegende Auffassung einer Haftung des Kommanditisten mit seiner Einlage ganz aufzugeben und statt dessen, wie es von einzelnen Seiten befürwortet wird, das Wesen der Kommanditgesellschaft in die Beteiligung des Kommanditisten mit einer zunächst nur für das Verhältnis nach außen entscheidenden Haftsumme zu legen ... Nicht auf die Festsetzung einer Garantiesumme für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern auf die Vereinbarung einer von dem Kommanditisten in die Gesellschaftskasse einzuschießenden Einlage pflegt die Absicht der Beteiligten zunächst gerichtet zu sein. Die innere und die äußere Verpflichtung des Kommanditisten decken sich überdies in den weitaus meisten Fällen . . . ." Diese Ausführungen sind nicht überzeugend. Die Folge der Nichtauseinanderhaltung der beiden Begriffe im Gesetz ist, daß unter „Einlage" mitunter etwas Verschiedenes zu verstehen ist, je nachdem das innere oder

äußere Verhältnis in Betracht kommt. Die Einlage im Verhältnis nach innen wird auch als „bedungene Einlage" bezeichnet (§. 167 Abs. 2, §. 169 Abs. 1), die Einlage im Verhältnis nach außen auch als „Einlage im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft" (§. 172 Abs. 1). — Die Eröffnung eines Warenkredits und dementsprechende Warenlieferung unter Eigentumsvorbehalt ist keine genügende Einlage (R.G. XXXI, 74).

d. **Bei mindestens einem Gesellschafter ist die Haftung (gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) unbeschränkt (= persönlich haftender Gesellschafter).** Vgl. §. 105 Anm. III. Die Kommanditisten können bis zur Beendigung der Liquidation Ansprüche auf Gewinnanteil (§. 128 Anm. II a 2) nicht (wie R.O.H. XXIV, 166 angenommen) gegen den persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen, vielmehr nur gegen die Gesellschaft (§. 122 Anm. II a).

II. **Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften.**

a. **Allgemeines.** Die Kommanditgesellschaft ist eine Abart der offenen Handelsgesellschaft (Denkschr. 111, R.G. XXXII, 399). Der §. 161 Abs. 2 erklärt — soweit in Buch II Abschnitt 2 nicht ein Anderes vorgeschrieben — allgemein „die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften" für anwendbar, ohne Beschränkung auf die im Handelsgesetzbuch enthaltenen. Bei dieser Anwendung ist insbesondere zu beachten, daß — soweit Ausnahmen nicht vorgeschrieben — die für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften nicht nur auf die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, sondern auch auf die Kommanditisten anzuwenden sind (R.G. XXXII, 399). Auch die Kommanditisten haben einen „Anteil am Gesellschaftsvermögen" nur in dem in §. 105 Anm. I g 2 entwickelten Sinne (R.G. v. 24. Sept. 1883 in Gruchot Bd. 28 S. 249, Bolze Bd. 3 Nr. 781).

b. **Die einzelnen Vorschriften.**

1. **§. 105 H.G.B.** Begriff der offenen Handelsgesellschaft (Abs. 1). Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage (Abs. 2). Der §. 105 Abs. 1 nicht anwendbar. Der §. 105 Abs. 2 anwendbar, soweit auch in Buch II Abschnitt 2 nicht ein Anderes vorgeschrieben ist.

2. **§§. 106—108 H.G.B.** Anmeldung bei Errichtung der Gesellschaft und bei Änderungen. Form der Anmeldung und Zeichnung. Anwendbar. Hervorzuheben ist, daß auch die Kommanditisten bei denjenigen Anmeldungen, auf welche §§. 106—108 (und §. 162) sich beziehen (§. 108 Anm. I), mitwirken müssen (§. 108 Abs. 1, §. 161 Anm. II a; vgl. auch P. 293), jedoch nicht die Firma zur Aufbewahrung bei dem Registergericht zu zeichnen haben (§. 108 Abs. 2, §. 170). Der §. 162 schreibt eine zusätzliche Anmeldung vor.

3. **§. 109 H.G.B.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz. Anwendbar, soweit §§. 163—169 nicht entgegenstehen.

4. **§. 110 H.G.B.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. Anwendbar. Da Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§. 164; vgl. jedoch §. 161 Anm. II b 7), kann auf sie die Bestimmung über Verluste in der Regel nicht zur Anwendung kommen.

5. **§. 111 H.G.B.** Verzögerung der Einzahlung oder Geldablieferung. Unbefugte Entnahmen. Anwendbar. Auch der persönlich haftende Gesellschafter kann eine Unterschlagung am Gesellschaftsvermögen begehen (§. 111 Anm. III b).

6. **§§. 112, 113 H.G.B.** Verbot von Sondergeschäften. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Nicht anwendbar auf die Kommanditisten (§. 165), außer soweit vertraglich etwas Entgegengesetztes vereinbart (§. 163).

7. **§§. 114—117 H.G.B.** Geschäftsführung. Anwendbar auf die Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§. 164). Auf sie sind daher §§. 114, 116 Abs. 1, ferner §. 116 Abs. 3 (vgl. §. 164 Satz 2) und auch §. 115 (vgl. §. 164 Anm. II) nicht anwendbar. Der §. 116 Abs. 2 und §. 117 sind auch auf die Kommanditisten insoweit anwendbar, daß die dort genannten „Gesellschafter" auch die Kommanditisten einschließen (§. 161 Anm. IIa). Soweit den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung übertragen ist (§. 164 Anm. I), sind auch auf sie die §§. 114—117 anwendbar.
8. **§. 118 H.G.B.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters, insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Nicht anwendbar und ersetzt durch §. 166 bezüglich der Kommanditisten.
9. **§. 119 H.G.B.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar. Die „Gesellschafter" sind persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditisten (§. 161 Anm. IIa).
10. **§. 120 H.G.B.** Gewinn- und Verlustanteil. Der §. 120 Abs. 1 ist anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten. Der §. 120 Abs. 2 ist anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter; auf die Kommanditisten jedoch nur mit den Maßgaben in §. 167.
11. **§. 121 H.G.B.** Höhe der Gewinn- und Verlustanteile. Der §. 121 Abs. 1 und 2 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten (§. 168 Abs. 1). Der §. 121 Abs. 3 ist sowohl bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter wie bezüglich der Kommanditisten ersetzt durch §. 168 Abs. 2.
12. **§. 122 H.G.B.** Verminderung des Kapitalanteils. Entnahmen. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter. Der §. 122 Abs. 1 nicht anwendbar auf die Kommanditisten (§. 169 Abs. 1), sondern ersetzt durch §. 169. Die dem §. 122 Abs. 2 zu Grunde liegende Regel anwendbar auch auf die Kommanditisten (§. 169 Anm. III).
13. **§. 123 H.G.B.** Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten. Anwendbar (vgl. Denkschr. 114) mit der Maßgabe in §. 176 Abs. 1. Vgl. §. 176 Anm. I a.
14. **§. 124 H.G.B.** Rechtsfähigkeit unter der Firma. Anwendbar (vgl. Denkschr. 114, R.O.H. II, 169).
15. **§§. 125—127 H.G.B.** Vertretungsmacht der Gesellschafter. Anwendbar auf die Vertretung durch die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten sind (als solche) zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt (§. 170). Auf sie sind daher §§. 122, 126 nicht anwendbar. Der §. 127 ist auch auf die Kommanditisten insoweit anwendbar, daß die dort genannten „Gesellschafter" auch die Kommanditisten einschließen (§. 161 Anm. II a). Zulässig ist der Ausschluß der Vertretungsmacht von persönlich haftenden Gesellschaftern in derselben Weise wie bei der offenen Handelsgesellschaft (P. 1163).
16. **§. 128 H.G.B.** Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter (R.O.H. XXIV, 167) und die Kommanditisten, auf die letzteren jedoch nur mit den Maßgaben in §§. 171, 172, 174, 175.
17. **§. 129 H.G.B.** Anwendbar.
18. **§. 130 H.G.B.** Anwendbar auf diejenigen, welche in eine Kommanditgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter eintreten. Auf diejenigen, welche in eine bestehende Handelsgesellschaft (nicht nur in eine bereits als Kommanditgesell-

schaft bestehende) als Kommanditisten eintreten, sind §§. 173, 176 Abs. 2 anwendbar, nicht §. 130.

19. §. 131 H.G.B. Auflösungsgründe. Anwendbar mit der Maßgabe, daß der Tod eines Kommanditisten die Auflösung nicht zur Folge hat (§. 177 Anm. I, II). Der Fortfall des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters bewirkt die Auflösung (Johow XI, 34; vgl. §. 131 Anm. Ih). Bezüglich der Kündigung gilt dasselbe wie bei der offenen Handelsgesellschaft (R.G. XXI, 93; vgl. §. 132 Anm. II). Der Konkurs eines Kommanditisten ist mit denselben Maßgaben wie der Konkurs eines persönlich haftenden Gesellschafters (§. 131 Anm. Ie) Auflösungsgrund (Denkschr. 117, P. 308, 4645—48; anders bei K.A.G. §. 330 Abs. 2).

20. §. 132 H.G.B. Kündigungsfrist. Anwendbar.

21. §. 133 H.G.B. Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grunde. Anwendbar. Auch ein Kommanditist ist zur Stellung des Antrages berechtigt (§. 161 Anm. II a).

22. §. 134 H.G.B. Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft. Anwendbar.

23. §. 135 H.G.B. Kündigung durch Privatgläubiger. Anwendbar; auch auf den Privatgläubiger eines Kommanditisten (§. 161 Anm. II a).

24. §. 136 H.G.B. Geschäftsführung nach Auflösung. Anwendbar. Die Kommanditisten sind in der Regel auch vor Auflösung nicht befugt zur Geschäftsführung (§. 164).

25. §. 137 H.G.B. Vorläufige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter, §. 137 Abs. 2 auch auf die Kommanditisten. Der §. 137 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf Kommanditisten, da der Tod des Kommanditisten nicht die Auflösung der Gesellschaft bewirkt (§. 177).

26. §. 138 H.G.B. Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag. Anwendbar auf das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter, solange ein persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt (oben zu 19), und auf das Ausscheiden von Kommanditisten infolge Konkurseröffnung. Entsprechend anwendbar auf vertragliche Abreden, wonach der Kommanditist durch den Tod ausscheidet (§. 177 Anm. III). — Bei jedem Ausscheiden eines Kommanditisten kann die bisherige Firma, auch wenn der Name des Kommanditisten in derselben enthalten ist, fortgeführt werden (soweit es nach allgemeinen Grundsätzen zulässig), ohne daß hieraus eine verschärfte Haftung des Kommanditisten folgt. Die gegenteilige Vorschrift des bisherigen Art. 168 A.D.H. ist nicht beibehalten (Denkschr. 117); nur für die Neubildung der Firma einer Kommanditgesellschaft ist die Aufnahme des Namens eines Kommanditisten in die Firma untersagt (§. 19 Abs. 4).

27. §. 139 H.G.B. Fortsetzung mit den Erben. Anwendbar auf den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters. Nicht anwendbar auf den Tod eines Kommanditisten (§. 177 Anm. I, II).

28. §. 140 H.G.B. Ausschließung eines Gesellschafters. Anwendbar. Auch die Ausschließung eines Kommanditisten ist für zulässig zu erachten (nach P. 1165 blieb dies unentschieden); auch er ist Gesellschafter (oben Anm. II a).

29. §. 141 H.G.B. Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar.

30. §. 142 H.G.B. Gesellschaft von zwei Gesellschaftern. Anwendbar auf eine Gesellschaft zwischen einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Kommanditisten, und zwar sowohl zu Gunsten des ersteren, wie zu Gunsten des letzteren. Entsprechend anwendbar auf eine Gesellschaft zwischen einem persönlich haftenden Gesellschafter und mehreren Kommanditisten, wenn gegen ersteren Ausschließungsgründe vorliegen, und die letzteren so, daß mindestens einer von ihnen persönlich haftender Gesellschafter wird, als offene Handelsgesellschaft oder als Kommanditgesellschaft das Geschäft übernehmen wollen.

31. §. 143 H.G.B. Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden. Anwendbar mit der Maßgabe, daß bei Ausscheiden von Kommanditisten nur die Zahl der Ausgeschiedenen, nicht deren Name, Stand oder Wohnort, noch der bisherige Betrag ihrer Einlage bekannt zu machen ist (§. 162 Abs. 3).

32. §. 144 H.G.B. Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung. Anwendbar.

33. §. 145 H.G.B. Notwendigkeit der Liquidation. Anwendbar (R.O.H. XXV, 277). Die Liquidation ist ebensowenig wie bei der offenen Handelsgesellschaft stets erforderlich, vielmehr ist ebenso wie dort (§. 145 Anm. III a) die Vereinbarung über eine andere Art der Auseinandersetzung in der Regel zulässig (Denkschr. 114, Johow V, 37).

34. §§. 146—148 H.G.B. Liquidatoren, Ernennung und Abberufung, Anmeldung. Anwendbar. Gesetzliche Liquidatoren sind auch die Kommanditisten (§ 146 Abs. 1, §. 161 Anm. II a). Der Vorschlag eines Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurse kann jedoch auch während Liquidation von den persönlich haftenden Gesellschaftern allein ausgehen (K.O. §. 211, abgedruckt §. 124 Anm II f).

35. §§. 149—155 H.G.B. Geschäftsführung und Vertretung durch Liquidatoren. Anwendbar.

36. §. 156 H.G.B. Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation. Entsprechend anwendbar auf die Fortdauer des früheren Rechtsverhältnisses der bisherigen Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (und der Kommanditgesellschaft) unter einander und zu Dritten.

37. §. 157 H.G.B. Anmeldung des Erlöschens der Firma. Bücher und Papiere. Anwendbar, der §. 157 Abs. 3 jedoch mit der Maßgabe, daß die Kommanditisten nach Beendigung der Liquidation kein größeres Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere haben als vorher (§. 157 Abs. 3 „behalten", §. 166).

38. §. 158 H.G.B. Andere Art der Auseinandersetzung. Anwendbar.

39. §§. 159, 160 H.G.B. Verjährung. Anwendbar (Denkschr. 117), auch auf die Ansprüche gegen Kommanditisten (oben Anm. II a, R.O.H. XIX, 351).

II. Anmeldung, Bekanntmachung (§. 162).

§. 162.

Die Anmeldung der Gesellschaft hat außer den im §. 106 Abs. 2 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; der Name, der Stand und der Wohnort der Kommanditisten sowie der Betrag ihrer Einlagen werden nicht bekannt gemacht.

Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 151 Abs. 2, 156. **Entw. I** §. 148. **Entw. II** §. 160.

§. 162.

I. **Anmeldung und Eintragung.** Über die Anmeldung vgl. §. 161 Anm. IIb 2. Alle angemeldeten Thatsachen sind in das Handelsregister einzutragen. — Der anzumeldende „Betrag der Einlage" ist der versprochene Betrag, bis zu welchem der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern haften soll (R.G. XVII, 40), in einer bestimmten Geldsumme (§. 161 Anm. Ic 3). Für die Anmeldung ist unerheblich, ob die Einlage bereits geleistet ist oder nicht. — Die „Bezeichnung" der Kommanditisten hat nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort zu erfolgen (§. 106 Abs. 2 Ziff. 1, §. 161 Anm. IIa; vgl. §. 162 Abs. 2, wo „Name" den „Namen und Vornamen" umfassen soll).

II. **Bekanntmachung.** Vgl. §. 10. Auch auf die nicht bekannt gemachten Eintragungen findet §. 9 (betr. Einsicht, Abschrift, Bescheinigung) Anwendung (vgl. Denkschr. 112). Die nach §. 162 Abs. 2 nicht bekannt zu machenden Thatsachen dürfen selbst auf Antrag der Beteiligten nicht in die Bekanntmachung aufgenommen werden (P. 1098; ebenso wie freiwillige Eintragungen nicht zulässig sind, §. 12 Anm. IIc).

III. **Eintritt und Ausscheiden eines Kommanditisten.** Vgl. §. 173 Anm. I, §. 161 Anm. IIb 18, 26, 31. Der §. 162 Abs. 3 betrifft allgemein den Eintritt in eine „bestehende Handelsgesellschaft", also ohne Beschränkung auf eine Kommanditgesellschaft (Denkschr. 112; vgl. §. 131 Anm. Ii). Wird der bisherige persönlich haftende Gesellschafter A Kommanditist, so ist durch einheitlichen Vermerk einzutragen, daß „A von . . . ab nur noch Kommanditist mit einer Einlage von . . ." ist; bekannt zu machen ist, daß „A aufgehört hat, persönlich haftender Gesellschafter zu sein" und „daß die Zahl der Kommanditisten um eine Person vermehrt ist" (O.L.G. Dresden v. 29. April 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 546). Die Wirkung einer derartigen Eintragung ist nicht ganz dieselbe wie die Wirkung einer Eintragung der Einlageherabsetzung (§. 174 Anm. III); hier fehlt die strenge Vorschrift des §. 174 Halbsatz 1, daß eine nichteingetragene Haftungsbeschränkung unwirksam ist; vielmehr ist sie nach §. 176 Abs. 2 trotz versäumter Eintragung wirksam, wenn die Beteiligung nur als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war.

III. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (§§. 163—169).

§. 163.

Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz.

Für das Verhältniß der Gesellschafter unter einander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§. 164 bis 169.

A.D.H. Art. 157. **Entw. I** §. 149. **Entw. II** §. 161.

§. 163.

In Ermangelung der in erster Reihe zur Anwendung kommenden abweichenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (§. 109 Anm. II) gelten in zweiter Reihe die Bestimmungen der §§. 164—169, in dritter Reihe (insoweit nämlich weder der Gesellschaftsvertrag noch die §§. 164—169 Gegenteiliges enthalten) die §§. 110—122 (§. 161 Abs. 2, §. 109; Denkschr. 112).

§. 164.

Geschäftsführung. Prokura.

Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Die Vorschriften des §. 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

A.D.H. Art. 158. **Entw. I** §. 150. **Entw. II** §. 162.

§. 164.

I. **Geschäftsführung.** Die Geschäftsführung erfolgt durch die persönlich haftenden Gesellschafter allein nach näherer Maßgabe der §§. 114—117 (§. 161 Anm. IIb 7). — Der Gesellschaftsvertrag kann auch den Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis beilegen und kann die persönlich haftenden Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen (§. 163; R.G. XXXI, 73, Bolze Bd. 11 Nr. 467; vgl. §. 161 Anm. IIb 7). Ist dem Kommanditisten die Geschäftsführung übertragen, so hat er im Zweifel nicht nur (wie R.O.H. XV, 7, R.G. XXXI, 39, wohl mit Rücksicht auf den jetzt beseitigten Art. 167 Abs. 3, annahmen) die Stellung eines Prokuristen oder Bevollmächtigten (§. 170 Anm.), sondern die eines geschäftsführenden Gesellschafters.

II. **Widerspruchsrecht.** Auch ohne die Bestimmung in §. 164 hat der Kommanditist kein Widerspruchsrecht gemäß §. 115, da er nicht geschäftsführender Gesellschafter ist. Auch ohne die Bestimmung des §. 164 dürfen andererseits die persönlich haftenden Gesellschafter Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, nur vornehmen, wenn ein entsprechender Beschluß sämtlicher Gesellschafter — einschließlich der Kommanditisten (§. 161 Anm. IIa) — vorliegt, da gemäß §. 116 Abs. 1, 2 ihre gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis eine derart beschränkte ist. Ein Kommanditist, der eine über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehende Handlung nicht wünscht, erreicht daher durch Stillschweigen ebensoviel wie durch einen ausdrücklichen Widerspruch. Es ist nicht erkennbar, daß §. 164 Satz 1 Halbsatz 2 etwas Gegenteiliges bestimmen oder etwa die Vorschriften des §. 119 über die Fassung von Beschlüssen der Gesellschafter ändern wollte (ebenso Cosack S. 578). Ist dies zutreffend, so tritt die Bedeutung des §. 164 klarer hervor, wenn man den Satz 1 Halbsatz 2 (und infolgedessen auch den Satz 2) als überflüssig hinwegdenkt.

III. **Erteilung und Widerruf der Prokura.** (§. 164 Satz 2.) Die Erteilung einer Prokura ist zulässig (R.O.H. VII, 415). Die Erteilung und der Widerruf der Prokura sind Geschäftsführungshandlungen. Ein Kommanditist ist daher weder zur Mitwirkung bei der Erteilung noch zur Mitwirkung bei dem Widerruf berechtigt. Ihm steht auch kein Widerspruchsrecht zu (§. 116 Anm. III). — Ein Kommanditist kann — ebenso wie ein sonstiger nicht vertretungsberechtigter Gesellschafter (§. 116 Anm. III) — zum Prokuristen bestellt werden.

§. 165.

Sondergeschäfte der Kommanditisten.

Die §§. 112, 113 finden auf die Kommanditisten keine Anwendung.

A.D.H. Art. 159. **Entw. I** §. 151. **Entw. II** §. 163.

§. 165.

Vgl. §. 161 Anm. IIb 6. Eine vertragliche Abänderung der Bestimmung des §. 165 ist zulässig (§. 163), liegt aber nicht bereits in der Übertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten (Staub).

§. 166.

Mitteilung der Bilanz. Einsicht in Bücher und Papiere. Aufklärungen.

Der Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im §. 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem Kommanditisten nicht zu.

Auf Antrag eines Kommanditisten kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

A.D.H. Art. 160. **Entw. I** §. 152. **Entw. II** §. 164.

§. 166.

I. **Mitteilung der jährlichen Bilanz und Nachprüfungsrecht.** Der §. 166 Abs. 1, 2 gewährt dem Kommanditisten geringere Rechte als der entsprechende §. 118 jedem, auch dem nicht geschäftsführenden Gesellschafter. Aus dem Vergleich beider Bestimmungen ergiebt sich, daß der Kommanditist insbesondere kein Recht hat, persönlich sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, kein allgemeines Recht auf Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft und kein Recht auf eigene Anfertigung einer Bilanz aus denselben. Bezüglich der Geringeren, ihm in §. 166 Abs. 1—3 gewährten Rechte ist auch nicht ausdrücklich eine dem §. 118 Abs. 2 entsprechende Bestimmung vorgesehen, wonach eine vertragliche Beschränkung oder Ausschließung (§. 163) die Geltendmachung nicht hindert, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Trotzdem wird ein dem §. 118 Abs. 2 entsprechender Satz auch für den Fall des §. 166 aus B.G. §. 157, §. 276 Abs. 2 herzuleiten sein. — Abgesehen von dem Recht aus §. 166 verbleiben dem Kommanditisten die allgemeinen Rechte auf Vorlegung und Einsichtnahme (B.G. §. 810, H.G.B. 45—47). — Der §. 166 ist als entsprechend anwendbar auf die in §. 154 erwähnten Bilanzen zu erachten, nicht jedoch §. 166 Abs. 1 auch als entsprechend anwendbar auf die Eröffnungsbilanz des §. 39 Abs. 1. — „Bücher" = Handelsbücher; §. 38 Anm. Ib, §. 45 Anm. I. Nur die Bücher der Gesellschaft sind gemeint; vgl. §. 118 Anm. IIc 2. Einsichtnahme vgl. §. 118 Anm. IIc 3. Recht auf Bilanzberichtigung §. 118 Anm. IId.

II. **Verfügung des Gerichts.** Der Antrag eines einzelnen Kommanditisten genügt. Der mögliche Inhalt der gerichtlichen Verfügung ist weiter als das dem Kommanditisten ohne Dazwischenkunft des Gerichts zustehende Recht (Abs. 3 verglichen mit Abs. 1; dagegen Staub). Die Bilanz, deren Mitteilung nach §. 166 Abs. 3 „jederzeit" verlangt werden kann, ist wohl nicht nur eine der durch Vertrag oder Gesetz vorgeschriebenen, sondern auch eine besonders anzufertigende. „Aufklärung" ist weniger weitgehend als „Rechnungslegung" (Bolze Bd. 23 Nr. 569). Wichtige Gründe vgl. §. 70 Anm. I, §. 117 Anm. Ie; die Mehrzahl ist aus Art. 160 A.D.H. wohl nicht in der Absicht übernommen, abweichend von anderen ähnlichen Fällen (wo die Einzahl „ein wichtiger Grund" gebraucht ist) vorzuschreiben, daß mehrere wichtige Gründe vorliegen müssen. Wichtige Gründe sind nach Staub z. B. begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung; Unvollständigkeit der Bücher; Verweigerung der für die Teilnahme an der Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten erforderlichen Auskunft; erforderliche Vorbereitung eines Auflösungsantrages bei schlechter Geschäftslage. Über die Bedeutung des „kann" vgl. §. 140 Anm. IIb. Das zur Anwendung kommende Verfahren ist geordnet durch §§. 145, 146 G.fr.Ger. (abgedruckt vor §. 105).

§. 167.

Gewinn- und Verlustanteil. Begrenzte Zuschreibung des Gewinns. Begrenzung des Verlustes.

Die Vorschriften des §. 120 über die Berechnung des Gewinns oder Verlustes gelten auch für den Kommanditisten.

Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalantheile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht.

An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalantheils und seiner noch rückständigen Einlage Theil.

A.D.H. Art. 161 Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 153. **Entw. II** §. 165.

§. 167.

I. **Feststellung des Jahresgewinns und Jahresverlustes.** Vgl. §. 120 Anm. Ia—c.

II. **Zuschreibung des Gewinnanteils.** Der gemäß §. 120 berechnete Gewinnanteil eines Kommanditisten ist seinem Kapitalkonto (§. 120 Anm. II) zuzuschreiben (§. 120 Anm. III a), bis sein Guthaben auf Kapitalkonto den Betrag der bedungenen (d. h. für das Verhältnis nach innen bedungenen; vgl. §. 161 Anm. Ic 3) Einlage erreicht. Ist das Guthaben auf Kapitalkonto auf jenen Betrag angewachsen, so ist der Überschuß des Gewinnanteils, soweit er nicht erhoben wird, wie eine gewöhnliche Buchforderung des Kommanditisten zu behandeln; diese Forderung bleibt daher bei der Berechnung des im neuen Geschäftsjahr auf den Kommanditisten fallenden Gewinns außer Betracht, und der Kommanditist nimmt mit dieser Buchforderung nicht am Verluste der Gesellschaft teil (Denkschr. 113). Der Überschuß ist auf Sonderkonto zu buchen; ob und mit welchem Zinssatz die Forderung zu verzinsen, ist nicht aus §. 121, sondern aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen; auch der auf Sonderkonto gebuchte Gewinn ist „bezogen" im Sinne des §. 169 Abs. 2 (§. 169 Anm. IV); der Kommanditist braucht daher nicht die Rückübertragung desselben auf Kapitalkonto wegen späterer Verluste zu dulden. Er kann im Konkurse der Gesellschaft die Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

III. **Begrenzung des Verlustes.** Der §. 167 Abs. 3 enthält eine Bestimmung über die Höhe des Verlustanteils des Kommanditisten im Verhältnis nach innen, nicht, wie §. 167 Abs. 2, eine Bestimmung über die Buchungsart. Da auch §. 167 Abs. 3 sich nur auf das innere Verhältnis der Gesellschafter bezieht, so ist auch hier unter „Einlage" nur die im inneren Verhältnis bedungene zu verstehen. Daher ist insoweit der für eingebrachte Gegenstände im Gesellschaftsvertrage angenommene Wert maßgebend, selbst wenn er den wahren Wert überstieg. Rückständig im Sinne des §. 167 Abs. 3 ist nicht eine erlassene Einlage (vgl. §. 172 Abs. 3); ebensowenig eine mit der Absicht endgiltiger Einlageherabsetzung zurückgezahlte Einlage (vgl. §. 174).

IV. **Buchung des Verlustanteils.** Zu beachten ist, daß §. 167 Abs. 3 nichts über die Buchung des Verlustanteils des Kommanditisten bestimmt. Hierfür bleibt daher gemäß §. 167 Abs. 1 der §. 120 Abs. 2 maßgebend, d. h. der Verlustanteil des Kommanditisten ist seinem Konto in voller Höhe zu belasten, auch soweit hierdurch eine Schuld des Kommanditisten auf seinem Kapitalkonto entsteht (dagegen Cosack S. 581, 582) und ohne Rücksicht darauf, ob nach §. 167 Abs. 3 der Kommanditist an dem für ihn berechneten Verluste in vollem Umfange teilnimmt oder nicht. Diese Buchungsart ist erheblich wegen der Bestimmung des §. 169 Abs. 1, wonach der Gewinn späterer Jahre zunächst dazu verwendet werden muß, um frühere Verluste auszugleichen. (Bisher

war streitig, welche Buchungsart dem A.D.H. entspreche; Staub Art. 161 §. 7. Die Denkschr. enthält auffallender Weise keine Andeutung, ob der vorstehend mit §. 167 verbundene Sinn der vom Gesetzgeber beabsichtigte ist. Aus §. 169 ist für diese Frage nicht, wie Staub, Suppl. Art. 161 Anm. 3 annimmt, etwas zu folgern.) — Nach dem Ausscheiden eines Kommanditisten ist der Teil seines Passivsaldos, zu dessen Ausgleichung er nicht verpflichtet ist, den übrigen Gesellschaftern (persönlich haftenden und Kommanditisten) auf Kapitalkonto nach Verhältnis ihrer Verlustanteile zu belasten (B.G. §. 735).

§. 168.

Gewinn- und Verlustanteile.

Die Antheile der Gesellschafter am Gewinne bestimmen sich, soweit der Gewinn den Betrag von vier vom Hundert der Kapitalantheile nicht übersteigt, nach den Vorschriften des §. 121 Abs. 1, 2.

In Ansehung des Gewinns, welcher diesen Betrag übersteigt, sowie in Ansehung des Verlustes gilt, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältniß der Antheile als bedungen.

A.D.H. Art. 161 Abs. 1, Art. 162. **Entw. I** §. 154. **Entw. II** §. 166.

§. 168.

I. **Vom Jahresgewinn zunächst vier vom Hundert des Kapitalanteils.** Vgl. §. 121 Anm. I. Nicht nur zu Gunsten der persönlich haftenden Gesellschafter, sondern auch bezüglich der Kommanditisten erfolgt — abweichend vom bisherigen Recht — eine Verzinsung der Kapitalanteile nur soweit der Jahresgewinn reicht (Denkschr. 113).

II. **Jahres-Gewinnüberschuß und Jahres-Verlust.** Vgl. §. 121 Anm. II. Die in §. 168 Abs. 2 erwähnten „Anteile" sind die in §. 168 Abs. 1 erwähnten „Anteile der Gesellschafter". Der §. 168 Abs. 2 bezieht sich daher nicht nur auf die Anteile der Kommanditisten und das Verhältnis der Summe der Anteile aller Kommanditisten zu der Summe der Anteile aller persönlich haftenden Gesellschafter, sondern auch auf das Verhältnis der Anteile der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander. Auch in letzterer Beziehung findet daher mangels einer Vereinbarung nicht die (in §. 121 Abs. 3 verordnete) Teilung des Gewinnüberschusses und des Verlustes nach Köpfen statt, sondern die Teilung nach angemessenem Verhältnis. Als maßgebende Gesichtspunkte für die Beurteilung der Angemessenheit kommen in Betracht: die größere, durch Übernahme der persönlichen Haftung getragene Gefahr, der Umfang und die Art der eigenen Thätigkeit und die Höhe der Einlage der einzelnen Gesellschafter (Staub, Bolze Bd. 17 Nr. 517). „Ist nur der Anteil am Gewinn oder Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust" (B.G. §. 722 Abs. 2, H.G.B. §. 121 Anm. II, §. 161 Anm. IIa). — Der Pr.Entw. Art. 151 lautete: „Sofern nicht vertragsmäßig ein Anderes bestimmt ist, werden von den Einlagen keine Zinsen berechnet; der Gewinn wird nach Verhältnis der Einlagen verteilt. Der Gesellschafter, welcher keine Vermögenseinlage gemacht hat, steht rücksichtlich der Gewinnverteilung demjenigen Gesellschafter gleich, dessen Vermögenseinlage die kleinste ist." (Vgl. M. 79.) — In der Nürnberger Konferenz wurde jedoch hiergegen bemerkt, die Unangemessenheit dieser Verteilungsart ergebe sich unter anderem aus folgenden Beispielen: Wenn A, der, ohne eine Vermögenseinlage zu machen, das Geschäft leite, und durch seine Geschicklichkeit dasselbe auf einen großen Ertrag erhebe, mit B vergesellschaftet sei, welcher mit einer Einlage von 10000 Gld. sich beteiligt habe, dann würde der Gewinn so zu teilen sein, als wenn A auch 10000 Gld. eingelegt hätte. Wenn aber zur Gesellschaft außerdem noch C als Kommanditist mit 5000 Gld. hinzutrete, dann bekomme A trotz vermehrter Geschäfte nur so viel Gewinn, als wenn er 5000 Gld. eingelegt hätte. Ferner, wenn A, der ohne

Geldeinlage das Geschäft leite, mit B als einem mit 50 000 Gld. beteiligten Kommanditisten verbunden sei, dann beziehe er die Hälfte des Gewinnes. Wenn nun A. von dem in einem Jahre gezogenen Gewinne 1000 Gld. erübrige und einlege, dann würde er nur aus diesen 1000 Gld. einen Gewinnanteil, somit nur ein $^1/_{51}$ des Gewinnes erhalten. — Bezüglich der Verteilung nach Kopfteilen wurde angeführt, daß A in dem eben erwähnten Beispiele die Hälfte erhalte. Wenn aber die 50 000 Gld. statt von einem von fünf Kommanditisten beigetragen seien, so bekomme er bei gleicher Mühe nur $^1/_6$ des Gewinnes. — Auch fernere Vorschläge für die Art der Verteilung wurden abgelehnt (P. 299—302).

§. 169.

Kommanditist. Gewinn-Auszahlung; Verbot der Minderung des Kapitalanteils.

Der §. 122 findet auf den Kommanditisten keine Anwendung. Dieser hat nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns; er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalantheil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

A.D.H. Art. 161 Abs. 1, 3. **Entw. I** §. 155. **Entw. II** §. 167.

§. 169.

I. **Erhebung von vier vom Hundert des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils.** Vgl. §. 122 Anm. I, II. Nur den persönlich haftenden Gesellschaftern steht in den Grenzen des §. 122 ein derartiger Anspruch zu (§. 161 Anm. IIb 12).

II. **Auszahlung des Gewinns an den Kommanditisten.**

a. **Gewinn.** Unter „Gewinn" ist auch der Anteil von bis vier vom Hundert gemäß §. 121 Abs. 1 mitbegriffen.

b. **„Solange."** Bei wörtlicher Auslegung des „solange" in §. 169 Satz 2 Halbsatz 2 würde anzunehmen sein, daß ein Gewinn von 50 auch nicht teilweise ausgezahlt werden darf, wenn das bisherige Guthaben des Kommanditisten auf Kapitalkonto 97, die bedungene Einlage 100 beträgt. Offenbar gemeint ist vielmehr, daß in diesem Falle 47 auszuzahlen sind. Dann ist aber zu ergänzen: oder „soweit der Kapitalanteil" durch die Auszahlung u. s. w. (so richtig gefaßt in dem entsprechenden §. 172 Abs. 4).

c. **„Durch Verlust."** Man muß ferner fragen, ob die Worte „durch Verlust" eine besondere Bedeutung haben sollen. Die Herabminderung eines Kapitalanteils kann erfolgen entweder durch Verlust, oder durch größere als die gesetzlichen Entnahmen mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Erfolgt eine größere als die gesetzliche Entnahme mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter, so kann der Parteiwille entweder dahin gehen, daß die Entnahme eine dauernde oder daß sie eine vorläufige sein solle. Der erstere Fall steht einer Herabsetzung der Einlage (im Verhältnis nach innen) gleich; die herabgesetzte Einlage ist für die Zukunft die „bedungene" (d. h. für das innere Verhältnis maßgebende; §. 161 Anm. I c 3); auch] auf diesen Fall (der anscheinend durch die Worte „durch Verlust" gerade ausgeschlossen werden sollte) ist §. 169 Abs. 1 Satz 2 daher anwendbar: der Gewinn ist nicht auszuzahlen, „solange der Kapitalanteil" [„durch Verlust" als überflüssig fortgedacht] „unter den auf die" nunmehr „bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde". In dem

oben erwähnten zweiten Fall aber wird, da die Entnahme eben nur eine vorläufige sein soll, in der Regel als gewollt anzunehmen sein, daß der künftige Gewinn zur Ersetzung des Entnommenen verwendet werden soll; es ist nicht anzunehmen, daß durch Hinzufügung jener Worte „durch Verlust" etwas Gegenteiliges bestimmt werden sollte; der Fall einer Herabminderung durch nicht als dauernde Herabsetzung vereinbarte Entnahmen ist daher entsprechend dem im Gesetz allein erwähnten Fall einer Herabminderung durch Verlust zu behandeln. — Erheblich ist nur das Wort „herabgemindert"; es weist auf dasselbe hin, was auch durch das Wort „geleistet" (unten Anm. II d) ausgedrückt werden soll.

d. **„Geleisteter" Betrag der Einlage.** Ein einseitiger Anspruch auf Gewinnauszahlung besteht nach §. 169 Abs. 1 Satz 2 selbst dann, wenn der Gewinn gemäß §. 167 Abs. 2 (weil den Betrag der bedungenen Einlagen nicht erreichend) dem Kapitalanteile zugeschrieben ist, soweit nur nicht durch die Auszahlung der Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten Einlage herabsinkt. Die Denkschr. 113 bemerkt: „Als auf die bedungene Einlage geleistet wird auch ein dem Kommanditisten im abgelaufenen Geschäftsjahr auf seinen Kapitalanteil zugeschriebener und am Schlusse des Jahres nicht erhobener Gewinnanteil zu betrachten sein." Ist eine Einlage von 12 versprochen, eine Leistung auf die Einlage in Höhe von 9 erfolgt, demnächst (durch Verlust) das Guthaben auf Kapitalkonto auf 8 vermindert, so ist ein demnächstiger Gewinnanteil von 5 dem Kapitalkonto in Höhe von 4, einem Sonderkonto in Höhe von 1 gutzuschreiben. Der auf Sonderkonto stehende Betrag kann dann für alle Zukunft erhoben werden (unten Anm. IV), der auf Kapitalkonto gebuchte Gewinn kann einseitig in Höhe von 1 nicht, in Höhe von 3 während des nächsten Geschäftsjahrs (vgl. §. 122 Anm. III, R.G. XXVIII, 56) erhoben werden. Dem Anspruch auf Zahlung von 3 steht — was §. 169 nicht erwähnt — in der Regel die Aufrechnung seitens der Gesellschaft mit deren Anspruch auf Einzahlung des rückständigen Teiles der Einlage entgegen (ebenso Cosack S. 583). — Der §. 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 findet auch Anwendung, wenn auf die Einlage noch nichts geleistet (der „geleistete Betrag" mithin = 0 ist) und durch Verlust ein Passivsaldo auf dem Kapitalkonto des Kommanditisten entstanden ist (§. 167 Anm. IV). — Als geleistet im Sinne des §. 169 ist alles anzusehen, was im inneren Verhältnis der Gesellschafter als geleistet gilt.

e. **Auszahlung.** Die Klage des Kommanditisten auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns ist gegen die Gesellschaft, nicht gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zu richten (Bolze Bd. 19 Nr. 614). Die Auszahlung kann nicht, wie im Falle des §. 122, weil zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereichend, verweigert werden (Cosack S. 583).

III. **Verminderung des Kapitalanteils.** Vgl. §. 122 Anm. IV. Für die persönlich haftenden Gesellschafter ist §. 122 maßgebend. Der §. 122 Abs. 2 bestimmt: „Im übrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalanteil zu vermindern." Nach §. 169 Abs. 1 Satz 1 könnte es scheinen, als wenn die Anwendung auch des hierin liegenden Grundsatzes auf Kommanditisten ausgeschlossen werden sollte. Die Unzulässigkeit einer einseitigen Verminderung des Kapitalanteils, d. h. des Betrages des Kapitalkontos (§. 120 Anm. II), folgt jedoch für die Kommanditisten bereits aus der vertraglichen Bedingung einer bestimmten Einlage. Mit Zustimmung der Mitgesellschafter kann der Kommanditist mit Wirkung für das Verhältnis nach innen seinen Kapitalanteil vermindern (Denkschr. 115); wieweit dies nach außen wirkt, vgl. §. 172 Anm. III.

IV. **Ausschluß einer Rückzahlung des bezogenen Gewinns.** Zweifelhaft kann sein, ob unter „bezogenem" Gewinn nur der an den Kommanditisten thatsächlich ausgezahlte oder außer-

dem auch der zwar auf Sonderkonto gebuchte, aber nicht ausgezahlte zu verstehen ist. Die letztere Auslegung verdient den Vorzug. Die gegenteilige Auslegung würde zu Schwierigkeiten führen, da meist nach kurzer Zeit nicht mehr erkennbar sein würde, welcher Teil des Guthabens auf Sonderkonto „Gewinn" ist. Die hier vorgetragene Ansicht scheint gebilligt zu sein in Denkschr. 114: „Dem Anspruch des Kommanditisten auf nachträgliche Auszahlung derjenigen Gewinnbeträge früherer Jahre, welche gemäß §. 165" (jetzt §. 167) „seinem Kapitalanteil nicht zugeschrieben werden, sondern eine gewöhnliche Buchforderung gegen die Gesellschaft bilden, steht der §. 167" (jetzt §. 169; also auch §. 169 Abs. 2) „nicht entgegen". Ebenso Denkschr. 113: „Der Kommanditist nimmt mit ihnen" (den nicht dem Kapitalanteil zuzuschreibenden Gewinnanteilen) „am Verluste der Gesellschaft nicht teil." „Bezogen" ist mithin sowohl derjenige Gewinn, der sofort auf Sonderkonto geschrieben ist, wie auch derjenige, der zwar ursprünglich auf Kapitalkonto gebucht, aber demnächst thatsächlich ausgezahlt ist. Der §. 169 Abs. 2 bezieht sich nur auf das Verhältnis nach innen (P. 4643); über das Verhältnis nach außen bestimmt §. 172 Abs. 5. Der §. 169 bestimmt nur, daß „wegen späterer Verluste" keine Verpflichtung zur Rückzahlung bestehe; ob eine solche Verpflichtung aus anderen Gründen (z. B. wegen Rechenfehlers in der Bilanz oder wegen Irrtums bei Auszahlung) vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (P. 1088, 1107). Die Bestimmung des §. 172 Abs. 5 ist nicht als anwendbar auf das Verhältnis nach innen zu erachten (§. 172 Anm. III).

IV. Verhältnis der Kommanditisten zu Dritten (§§. 170—176).

§. 170.

Kommanditist. Ausschluß der Vertretungsbefugnis.

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

A.D.H. Art. 167 Abs. 1. **Entw. I** §. 163. **Entw. II** §. 174.

§. 170.

Vgl. §. 161 Anm. IIb 15. — Nicht in das H.G.B. übernommen (Denkschr. 117) ist die Vorschrift des Art. 167 Abs. 3 A.D.H.: „Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet." — Zulässig ist die Übertragung einer Prokura oder einer Handlungsvollmacht an den Kommanditisten (R.G. XXXI, 39, vgl. §. 116 Anm. III, §. 164 Anm. I). — Da nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter Eide für die Gesellschaft zu leisten haben (§. 124 Anm. IId), so sind Eide für die Kommanditgesellschaft nicht auch von den Kommanditisten zu leisten (R.O.H. XV, 6, XXI, 344; dahingestellt R.G. XXXII, 399). Über die Frage, ob Kommanditisten als Zeugen im Rechtsstreit der Kommanditgesellschaft vernommen werden können (verneint R.G. XXXII, 399, R.G. v. 5. Dezb. 1894 J.W. 1895 S. 42), vgl. §. 124 Anm. IIc.

§. 171.

Haftung des Kommanditisten.

Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während

der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

A.D.H. Art. 165 Abs. 1. **Entw. I** §. 156. **Entw. II** §. 168.

§. 171.

I. **Art** der Haftung.

a. **Unmittelbare** Haftung. Der Kommanditist haftet nicht etwa nur mittelbar, gegenüber der Gesellschaft, sondern unmittelbar gegenüber den Gläubigern (Denkschr. 114; ebenso schon nach bisherigem Recht R.O.H. XIX, 351, XXV, 279, R.G. XVII, 39, XXXII, 399). Nur während des Konkurses der Gesellschaft ruht nach §. 171 Abs. 2 das Recht auf unmittelbare Inanspruchnahme des Kommanditisten seitens eines einzelnen Gläubigers. Nur der Konkursverwalter im Konkurse der Gesellschaft kann während dieser Zeit das Recht ausüben. (Ebenso schon für das bisherige Recht R.G. I, 72, XXXVII, 84, XXXIX, 64.) Die Haftung ist daher während dieser Zeit nur eine mittelbare; doch folgt aus der Fassung des Abs. 2, daß der Konkursverwalter nicht nur dasjenige, was im inneren Verhältnis, sondern dasjenige, was im äußeren Verhältnis als Einlage gefordert werden kann, einzufordern hat (R.G. I, 73).

b. **Gesamthaftung.** Da nach §. 161 Abs. 2 der §. 128 auch auf die Haftung der Kommanditisten Anwendung findet, soweit nichts Gegenteiliges vorgeschrieben ist, so gilt insbesondere auch die Bestimmung des §. 128, daß die Gesellschafter (persönlich haftende und Kommanditisten) mit der Gesellschaft und untereinander als Gesamtschuldner haften (§. 161 Anm. II b 16).

II. **Begrenzung** der Haftung. Eine unmittelbare Haftung des Kommanditisten besteht nur bis zur Höhe der nicht geleisteten Einlage. Die abweichende Fassung des §. 171 hat nur die Bedeutung, daß dem Kommanditisten die Beweislast für die erfolgte Leistung der Einlage auferlegt ist (R.O.H. XXV, 279). Was in dem hier in Betracht kommenden Verhältnis nach außen als „Einlage" und als „Leistung" der Einlage anzusehen ist, vgl. §. 172 Anm. I, II. Der Nichtleistung steht die Zurückzahlung gleich mit der Maßgabe des §. 172 Abs. 5 (§. 172 Anm. III). Über Erhöhung und Herabsetzung der Einlage vgl. § 172 Anm. IV, V. Auch wenn die Leistung der Einlage an die Gesellschaft erst nachträglich (also selbst nach Anstellung der unmittelbaren Klage des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter) erfolgt, erlischt die unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern (Denkschr. 111). Nach Staub selbst bei Leistung der Einlage an die Gesellschaft nach Verurteilung auf die Klage des Gesellschaftsgläubigers (vgl. C.P.O. §. 767). Der Kommanditist haftet nicht etwa mit seinem Aktivsaldo, wenn dieses — z. B. infolge freiwilliger Mehrleistung oder infolge Einlageerhöhung im inneren Verhältnis — den nach außen maßgebenden Einlagebetrag übersteigt (Staub).

§. 172.

Einlage des Kommanditisten.

Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgetheilt worden ist.

Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnantheile entnimmt, während sein Kapitalantheil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalantheil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

A.D.H. Art. 165. **Entw.** I §. 157. **Entw.** II §. 169.

§. 172.

I. **Einlage im Verhältnisse zu den Gesellschaftsgläubigern.**

a. **Einlage.** Absichtlich ist auch für das Verhältnis nach außen das Wort „Einlage" beibehalten. Dennoch zwingt der Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften zur Unterscheidung von „Einlage im Verhältnis nach außen" und „Einlage im Verhältnis nach innen" (§. 161 Anm. I c 3). Im §. 172 ist nur der erstere Begriff bestimmt. Für diesen ist es unerheblich, ob die Einlage geleistet ist oder nicht. Nur auf das Einlageversprechen kommt es an, denn dessen Betrag ist einzutragen (§. 162 Anm. I). Nicht aber auf das Einlageversprechen im Verhältnis nach innen, sondern auf die in der Eintragung liegende Kundgebung nach außen. Die letztere ist daher maßgebend, selbst wenn nach innen eine geringere Einlage versprochen war (R.G. XXXVII, 84); vgl. Anm. II.

b. **Nach der Eintragung in das Handelsregister.** Gemeint ist „nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister", oder (im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft) „nach der Eintragung der Person des Kommanditisten in das Handelsregister" (Denkschr. 115), entsprechend den Vorschriften des §. 176 Abs. 1 u. 2 betreffend die Zeit vor Eintragung der Gesellschaft bezw. des Kommanditisten. Entscheidend ist allein die Eintragung am Sitze der Gesellschaft (vgl. §. 176 Abs. 1, §. 174 und die allgemeine Regel in §. 15 Anm. IV für Fälle begründender Wirkung der Eintragung). Nur die Eintragung, nicht die Bekanntmachung, ist für entscheidend erklärt, in Übereinstimmung mit der Bestimmung des §. 162 Abs. 2, daß der eingetragene Betrag der Einlagen nicht bekanntzumachen ist. Der §. 15 ist daher nicht anwendbar auf diese Eintragung.

c. **Der eingetragene Betrag.** Als Betrag ist eine bestimmte Geldsumme einzutragen (§. 161 Anm. I c 3).

II. **Leistung** auf die Einlage. Im Verhältnis zu Dritten gilt eine Leistung auf die Einlage als erfolgt nur insoweit, als das Geleistete wert ist. Wird eine Sache eingelegt, so ist daher gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nur der wirkliche Wert geleistet, gleichgiltig ob es sich um eine von Anfang an bedungene Sacheinlage (Denkschr. 111; a. M. Cosack, S. 579) oder um eine spätere Annahme an Zahlungsstatt handelt. Die Denkschr. 114 scheint vorauszusetzen, daß als Leistung der Einlage stets auch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers in der betreffenden Höhe genüge. Auch hier ist jedoch das Verhältnis nach innen und nach außen zu unterscheiden. Für das letztere Verhältnis kommt auch bei der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers nur der wahre Wert der zu Gunsten der Gesellschaft eingetretenen Befreiung in Betracht. Der Kommanditist kann daher nur zu einem entsprechenden Verhältnissatz anrechnen eine von ihm bezahlte zweifelhafte

Forderung. Er kann nicht anrechnen die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung einer im Einverständnis zwischen der Gesellschaft, dem Dritten und dem Kommanditisten zum Schein behufs sofortiger Aufrechnung und Umgehung einer wirklichen Einzahlung der Kommanditeinlage aufgestellte Forderung. Vorausgesetzt dagegen, daß durch die Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers der volle Nennwert des Gezahlten der Gesellschaft gut gekommen ist, steht aus einer solchen Zahlung dem Kommanditisten die Aufrechnung gegenüber der von der Gesellschaft gegen ihn erhobenen Einlageforderung zu (L.G. I Berlin v. 7. Dez. 1892 Bl. f. Rpfl. 1893 S. 35; anders bei A. Gen, §. 221, R.G. XXXVII, 87). Ebenso steht ihm eine Aufrechnung auf Grund anderer Forderungen an die Gesellschaft zu (R.O.H. XXV, 284, R.G. v. 25. Juni 1881 in Gruchot Bd. 26 S. 718), z. B. aus der Bezahlung einer Gesellschaftsschuld durch ihn als Bürgen (R.G. VII, 49, Bolze Bd. 22 Nr. 501). Nicht aber — über den wahren, bei Gründung vorhandenen Wert des durch die Aufwendung Erzielten hinaus — auf Grund einer Forderung für Gründungskosten, auch wenn bei Gründung diese Forderung seitens der übrigen Gesellschafter in voller Höhe als Gesellschaftsschuld anerkannt ist (R.G. XVII, 40, XXXVII, 85). — Nach Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft kann der Kommanditist seine Einlagepflicht nur noch durch Einzahlung in die Gesellschaftskasse erfüllen (R.G. XXXVII, 86; dies eine notwendige Folgerung aus §. 171 Abs. 2). Doch kann er, unter den Voraussetzungen der §§. 53ff. K.O. auch in diesem Falle eine Forderung gegen die Gesellschaft zur Aufrechnung bringen. So z. B. eine Rückgriffsforderung wegen der von ihm nach Konkurseröffnung geleisteten Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger auf Grund der von ihm vor Zahlungseinstellung übernommenen Bürgschaft (R.G. XXXVII, 87). — Über die Unzulässigkeit einer Aufrechnung mit dem Guthaben des Kommanditisten auf Kapitalkonto vor Beendigung der Liquidation vgl. §. 149 Anm. II b.

III. **Rückzahlung** auf die Einlage. Der §. 172 Abs. 4 stellt im Verhältnis zu Dritten die Rückzahlung gleich der Nichtleistung. Eine Rückzahlung liegt auch in einer im Gegensatz zu der Beschränkung des §. 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 erfolgten Auszahlung von Gewinn (§. 172 Abs. 4 Satz 2, R.G. XXXVII, 85). Unter „geleistete Einlage" ist in §. 172 Abs. 4 Satz 2 die im Sinne des §. 169, d. h. die im inneren Verhältnis geleistete zu verstehen; dies ändert jedoch sachlich nichts; war 12 versprochen, im innern Verhältnis 9, im äußern 7 geleistet, und das Kapitalkonto (im inneren Verhältnis) auf 8 vermindert, wird nun ein Gewinn von 4 zugeschrieben und erhebt demnächst der Kommanditist 4, so gilt das unter Verstoß gegen §. 169 zuviel erhobene 1 nach außen zwar nicht als bei der Erhebung zurückgezahlt, aber als von Anfang an noch nicht geleistet. — Eine Ausnahme von der Pflicht des Kommanditisten, die rückgezahlte Einlage von neuem zu leisten, bestimmt §. 172 Abs. 5, und zwar gilt diese Ausnahme, wie sich aus der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz ergiebt, nur für das Verhältnis nach außen (zweifelnd Cosack S. 584). Hat der Kommanditist etwas als Gewinn bezogen (§. 169 Anm. IV), und sind sowohl die Errichter der Bilanz, auf Grund deren der Gewinnanteil berechnet ist, wie der Kommanditist in gutem Glauben, so ist der Kommanditist zum Ersatz der etwa hierin liegenden Rückzahlung der Einlage nicht verpflichtet. Der gute Glaube muß sich nicht allein darauf erstrecken, daß der Kommanditist im Verhältnis nach innen, sondern auch darauf, daß er im Verhältnis nach außen zur Erhebung berechtigt war. War z. B. 12 versprochen, im innern Verhältnis 9, im äußern 7 geleistet, das Kapitalkonto auf 8 vermindert und im Gesellschaftsvertrag vereinbart, daß der Kommanditist jährlich stets 3 erheben dürfe, wird dann 1 als Gewinn zugeschrieben, und erhebt der Kommanditist 3, so ist er im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern trotz seines guten Glaubens zur Rückzahlung von 1 als zu Unrecht ihm zurückgezahlter Einlage verpflichtet. — Der §. 172 verbietet nicht die Einlageverminderungen und erklärt sie nicht für rechtswidrig, sondern nur für einflußlos auf den Umfang der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschafts-

gläubigern (R.G. XXXVII, 87). — Eine Rückzahlung der Einlage kann liegen in der gelegentlich einer Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens an eine Aktiengesellschaft den bisherigen Kommanditisten entsprechend ihrem Guthaben auf Kapitalkonto gewährten Beteiligung in Aktien (R.O.H. XXV, 281). — Über die Verminderung des Kapitalanteils im Verhältnis nach innen vgl. §. 169 Anm. III. — Neben den Vorschriften des §. 172 kann auch eine Anfechtbarkeit einer — im übrigen selbst im äußeren Verhältnis zulässigen — Einlagerückzahlung in Betracht kommen (R.G. XXXVII, 88).

IV. **Erhöhung** der Einlage. Hierunter ist nicht verstanden die thatsächliche Erhöhung, sondern die Erhöhung des Einlageversprechens (vgl. Anm. Ia). Ob das Einlageversprechen für das innere oder für das äußere Verhältnis gelten soll, hängt von der Absicht der Beteiligten ab (Denkschr. 115). Soll es nur für das innere Verhältnis gelten, so bleibt es nach außen ohne jede Wirkung, und es kann insbesondere auch nicht die Eintragung erzwungen werden (§. 175 Satz 3). Aber auch wenn es für das äußere Verhältnis gelten soll, bleibt es zunächst ohne Wirkung nach außen, und auch in diesem Fall besteht kein Eintragungszwang (§. 175 Satz 3); es erhält erst Wirkung wenn eine unzweideutige Kundgebung (Denkschr. 115, vgl. R.O.H. XXV, 117) nach näherer Maßgabe des §. 172 Abs. 2 hinzukommt, also entweder eine Eintragung, oder eine Kundmachung in handelsüblicher Weise oder eine sonstige Mitteilung der Gesellschaft an die Gläubiger. „Kundmachung in handelsüblicher Weise" vgl. §. 25 Anm. IVa. Nach der Fassung des §. 172 Abs. 2 wird anzunehmen sein, daß nicht nur eine etwaige „sonstige Mitteilung", sondern auch die „handelsübliche Kundmachung" von der Gesellschaft ausgehen muß. In dem Gebrauch der Mehrzahl „die Gläubiger" liegt die Voraussetzung, daß es sich um eine mehr oder weniger allgemeine (§. 25 Anm. IVa) Kundmachung handelt. Abweichend von dem Falle des §. 25 wird hier anzunehmen sein, daß nicht die Kundmachung als solche, sondern nur das thatsächlich erfolgte und der Kundmachung zu Grunde liegende Einlageerhöhungsversprechen die in §. 172 Abs. 2 vorgesehene Wirkung herbeigeführt, und auch nur dann, wenn die Kundmachung oder Mitteilung im Einverständnis aller Gesellschafter erfolgt (vgl. entsprechend §. 123 Anm. IVa); bei Annahme des Gegenteils wäre der Kommanditist nicht genügend geschützt. — Zu einer einseitigen Erhöhung der Einlage ist der Kommanditist auch im inneren Verhältnis nicht befugt; selbst dann nicht, wenn der Kapitalanteil durch Verlust vermindert ist. — Die Vorschriften über „Erhöhung", d. h. doch „nachträgliche Erhöhung" sind entsprechend auch anzuwenden, wenn schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage eine höhere Einlage für das äußere Verhältnis versprochen als demnächst thatsächlich eingetragen ist. Auf die Nichteintragung des höheren Betrages kann sich mithin auch der Kommanditist berufen, es sei denn, daß eine Kundgebung gemäß §. 172 Abs. 2 erfolgt ist (Staub, Suppl. Art. 165 Anm. 1).

V. **Herabsetzung** der Einlage. Wie die „Erhöhung der Einlage" von der thatsächlichen Leistung eines die Einlage übersteigenden Betrages zu trennen ist, ebenso die Herabsetzung von der Rückzahlung der Einlage. Unter Herabsetzung der Einlage ist Herabsetzung des Einlageversprechens verstanden. Auch hier ist ebenso wie bei der Erhöhung zu unterscheiden, ob nach dem Willen der Parteien die Herabsetzung nur für das innere oder auch für das äußere Verhältnis gelten soll. Ist nur ersteres beabsichtigt, so übt der Vertrag allein die volle beabsichtigte Wirkung aus. Ist letzteres beabsichtigt, so entsteht die beabsichtigte Wirkung nur durch Eintragung (nicht auch, wie bei der Erhöhung, durch sonstige Kundmachung, Denkschr. 116), und nur bezüglich der erst später begründeten Forderungen an die Gesellschaft (§. 174, Denkschr. 116). Der Herabsetzung gleich steht jede vertragliche Abschwächung des Einlageversprechens, z. B. ein Erlaß oder eine Stundung der Einlage. Auch eine derartige Abschwächung ist unwirksam gegenüber den Gläubigern (§. 172 Abs. 3), es sei denn, daß die für die Wirkung einer Herabsetzung nach außen vor-

geschriebene Form eingehalten ist. Dies gilt sowohl, wenn jene Abschwächung schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage (R.G. I, 69) wie wenn sie erst nachträglich erfolgt ist. Überhaupt sind — entsprechend wie bei Erhöhung, oben Anm. IV — die Vorschriften über (nachträgliche) „Herabsetzung" entsprechend anwendbar auf eine schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthaltene Zusicherung einer geringeren Einlage für das Verhältnis nach außen, als demnächst eingetragen ist.

§. 173.

Haftung neueintretender Kommanditisten.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§. 171, 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 166. **Entw. I** §. 158. **Entw. II** §. 170.

§. 173.

I. **Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft.** Vgl. §. 130 Anm. I. Die „Handelsgesellschaft", nicht nur die „Kommanditgesellschaft", ist genannt, um den §. 173 auch auf den Fall anwendbar zu machen, daß ein Kommanditist in eine andersartige Handelsgesellschaft, insbesondere eine offene Handelsgesellschaft (Denkschr. 112) so eintritt, daß trotz der hierdurch eintretenden Umwandlung eine Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft, keine Auflösung und Neubildung, stattfindet (§. 131 Anm. I i). Über den abweichend von §. 173 geregelten Sonderfall des Eintritts eines Erben als Kommanditisten binnen bestimmter Frist an Stelle des Erblassers, welcher persönlich haftender Gesellschafter war, vgl. §. 139 Anm. IV b. Über den Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter vgl. §. 161 Anm. II b 18. Über den Eintritt als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns vgl. §. 28. Über die Anmeldung des Eintritts eines Kommanditisten vgl. §. 162 Anm. III.

II. **Firma.** Vgl. §. 130 Anm. II.

III. **Haftung des eintretenden Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten.** Vgl. §. 130 Anm. III. Die Haftung des eintretenden Kommanditisten ist durch den für das Verhältnis nach außen maßgebenden Betrag seiner Einlage (§§. 171, 172) begrenzt. Für den Fall eines Geschäftebeginns vor Eintragung des Kommanditisten in das Handelsregister gilt die Sonderbestimmung des §. 176 Abs. 2. Über die Haftung des eingetretenen Kommanditisten vor Eintragung vgl. §. 176 Anm. III c.

§. 174.

Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten.

Eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten ist, solange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam; Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 159. **Entw. II** §. 171.

§. 174.

I. **Herabsetzung.** Vgl. §. 172 Anm. V.

II. **Eintragung.** Die Eintragung in dem für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Handelsregister ist allein entscheidend (vgl. §. 172 Anm. Ib, §. 15 Anm. IV).

III. **Wirkung der Eintragung** (und der Bekanntmachung). Der §. 174 Halbsatz 1 sagt nur in verneinender Form, daß eine nichteingetragene Herabsetzung nicht wirksam sei. Daraus ist nicht der Gegenschluß zu ziehen, daß eine im Register des Sitzes eingetragene Herabsetzung auch wirksam für die Gläubiger der später begründeten Forderungen sei, ohne Rücksicht auf Bekanntmachung, Nichtkenntnis und Nichtkennenmüssen, und ohne Rücksicht auf Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung. Die Denkschr. 116 bemerkt: „Die allgemeinen Grundsätze des §. 15 über die Wirkungen der erfolgten oder unterlassenen Eintragung und Veröffentlichung kommen neben den Vorschriften der §§. 171 und 172 (jetzt §§. 174, 175 H.G.B) insoweit zur Anwendung, als sie mit diesen vereinbar sind. Insbesondere steht, wenn die Herabsetzung der Einlage zwar eingetragen, die Bekanntmachung, daß eine Herabsetzung stattgefunden hat, aber noch nicht erfolgt ist, dem Gläubiger die Herabsetzung nur entgegen, falls er bei dem Abschlusse des Geschäfts wußte, daß die Einlage eine Herabsetzung erfahren hatte. Ebenso wird in Ansehung von Forderungen, die aus dem Verkehr mit einer Zweigniederlassung entstanden sind, eine ausschließlich in das Register des Sitzes der Gesellschaft eingetragene und bekannt gemachte Herabsetzung dem Gläubiger nur bei nachgewiesener Kenntnis entgegengesetzt werden dürfen." Diesen Ausführungen der Denkschrift wird, soweit sie den Fall der Herabsetzung berühren, beizutreten sein. In der Eintragung der Herabsetzung liegt ein Doppeltes: erstens ein neues Einlageversprechen zum herabgesetzten Betrage, zweitens die Kundmachung eines Aufhörens der bisherigen Haftung. Das erstere steht dem Einlageversprechen des §. 172 Abs. 1 gleich, diese Eintragung hat begründende Wirkung, und deshalb ist nach §. 174 gleichfalls (§. 172 Anm. Ib) die Eintragung am Sitz der Gesellschaft für entscheidend erklärt (§. 15 Anm. IV). Das zweite steht dem Austritt des Kommanditisten (§. 161 Anm. IIb 31) gleich, und deshalb hat insoweit die Eintragung nur erklärende Wirkung, und §. 15 Abs. 2 und 3 sind anwendbar. Der Anwendung von §. 15 Abs. 1 allerdings steht die ausdrückliche Vorschrift des §. 174 Halbsatz 1 entgegen, und in dieser Beziehung muß — so wie das Gesetz einmal gefaßt ist — verschieden entschieden werden einerseits bei Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten, anderseits bei Beschränkung der Haftung als persönlich haftender Gesellschafter auf die Haftung mit einer Kommanditeinlage (§. 162 Anm. III) und bei Austritt des Kommanditisten (mit hieraus folgendem Einlageerlöschen).

§. 175.

Anmeldung der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage.

Die Erhöhung sowie die Herabsetzung einer Einlage ist durch die sämmtlichen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß §. 162 Abs. 2. Auf die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des §. 14 keine Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 160. **Entw. II** §. 172.

§. 175.

I. **Anmeldung** (§. 175 Satz 1). Form vgl. §. 12 Anm. I. Anmeldungspflichtig sind alle Gesellschafter, sowohl die persönlich haftenden wie die Kommanditisten, entsprechend der für

die ursprüngliche Anmeldung des Einlagebetrags (§. 162 Abs. 1) geltenden Vorschrift (§. 161 Anm. IIb 2).

II. **Bekanntmachung** (§. 175 Satz 2). Die vorgeschriebene entsprechende Anwendung des §. 162 Abs. 2 besteht darin, daß nur bekannt zu machen ist, „daß eine Erhöhung (oder Herabsetzung) der Einlage eines Kommanditisten stattgefunden hat" (Denkschr. 116), ohne Angabe des Namens, Standes, Wohnorts des betreffenden Kommandisten und ohne Angabe des Betrages der Erhöhung oder Herabsetzung.

III. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen** (§. 175 Satz 3). Denkschr. 116: „Die Verhängung von Ordnungsstrafen muß insoweit, als es sich um die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, ausgeschlossen bleiben, da andernfalls die Gesellschafter, der Absicht des Gesetzes entgegen, gezwungen werden würden, auch einer nur für das Verhältnis unter ihnen getroffenen Vereinbarung Dritten gegenüber Wirkung zu verleihen" (vgl. §. 172 Anm. IV). Die Fassung des §. 175 Satz 3 ist keine glückliche, denn nach allgemeiner Regel würde von Anfang an ein Anmeldungszwang nicht nur bezüglich des Handelsregisters des Sitzes, sondern bezüglich des Handelsregisters jeder Niederlassung bestehen (§. 13 Abs. 1, vgl. §. 106 Anm. IIe), wenn auch die Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung nicht vor nachgewiesener Eintragung im Handelsregister der Hauptniederlassung stattfinden soll (§. 13 Abs. 2). Gemeint ist in §. 175 Satz 3 nur, daß die erste Eintragung der Herabsetzung oder Erhöhung nicht erzwingbar sein soll, daß jedoch, sobald einmal eine erste Eintragung erfolgt ist (und eine solche kann gemäß §. 13 Abs. 2 nur im Register der Hauptniederlassung erfolgen, welches in der Regel zugleich das Register des Sitzes sein wird), die Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen in gewöhnlicher Weise erzwingbar ist.

§. 176.

Geschäftebeginn vor Eintragung.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Betheiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus dem §. 2 ein Anderes ergiebt.

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 163 Abs. 3. **Entw. I** §. 161. **Entw. II** §. 173.

§. 176.

I. **Geschäftsbeginn der Gesellschaft vor Eintragung.**

a. **Geschäftebeginn.** Vgl. §. 123 Anm. IIIb. Die Wirkung des §. 123, da sie eine auf alle Gesellschafter sich erstreckende ist, tritt nur ein, wenn alle Gesellschafter zugestimmt haben; die in §. 176 bestimmte Wirkung erstreckt sich nur auf den einzelnen Kommanditisten, daher ist die Zustimmung des betreffenden Kommanditisten hier allein erheblich (unten Anm. IIa). Der §. 123 ist neben dem §. 176 entsprechend

anwendbar (§. 161 Anm. IIb 13); ersterer behandelt den nach außen eintretenden Beginn der Wirksamkeit einer Handelsgesellschaft als solcher (P. 4538), letzterer den nach außen eintretenden Beginn der Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkung eines Gesellschafters.

b. **Gesellschaft.** Indem §. 176 Abs. 1 davon ausgeht, daß „die Gesellschaft" ihre Geschäfte beginnt und weiter hinzufügt, daß „der Kommanditist" zugestimmt habe, setzt er voraus, daß im inneren Verhältnis bereits eine Kommanditgesellschaft spätestens zur Zeit des Geschäftebeginns vorliege. Vgl. §. 123 Anm. Ia.

c. **Vor Eintragung.** Vgl. §. 123 Anm. IIb, §. 172 Anm. Ib. Entscheidend ist allein die Eintragung am Sitze der Gesellschaft und ohne Rücksicht auf die Bekanntmachung der Eintragung. Die Anmeldung allein genügt nicht (R.O.H. XXIII, 280). Die in §. 176 Abs. 1 behandelte Eintragung ist die Eintragung der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft.

II. **Haftung des zustimmenden Kommanditisten.**

a. **Zustimmung.** Nur derjenige Kommanditist haftet gemäß §. 176, welcher zugestimmt hat (vgl. Anm. Ia). Zustimmung umfaßt die (vorherige) Einwilligung und die (nachträgliche) Genehmigung (B.G. §§. 182—184).

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Vgl. §. 128 Anm. III.

c. **Bis zur Eintragung begründet.** Eintragung vgl. §. 176 Anm. Ic. Für die nach der Eintragung begründeten Forderungen kommt §. 172 Abs. 1 zur Anwendung.

d. **Gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter.** Über die Haftung persönlich haftender Gesellschafter vgl. §§. 128, 129, §. 161 Anm. IIb 16, 17. Die Haftung in diesem Umfange ist ausgeschlossen, wenn der Kommanditist beweist, daß dem Gläubiger bekannt war, daß er nur als Kommanditist beteiligt sei. Der Beweis, daß der Gläubiger dies habe kennen müssen, genügt nicht, entsprechend der allgemeinen Regel des §. 15 Abs. 1. Auch wenn die Wissenschaft des Gläubigers sich nicht auf die Höhe der Vermögenseinlage erstreckt, ist die Anwendung des §. 176 ausgeschlossen (R.G. XII, 137). — War dem Gläubiger bekannt, daß der Kommanditist nur als solcher beteiligt sei, so werden auf den Umfang und die Art der Haftung des Kommanditisten §§. 171, 172 entsprechend anzuwenden sein mit dem Unterschiede, daß an die Stelle des für das Verhältnis nach außen maßgebenden Einlagebetrages der zur Zeit der Forderungsbegründung für das Verhältnis nach innen maßgebende Einlagebetrag tritt. Irrt der Gläubiger über den Betrag der Einlage, so tritt keine dem Irrtum entsprechende Erweiterung der Haftung des Kommanditisten ein, sondern es sind nur die allgemeinen Grundsätze über Anfechtung wegen Irrtums anwendbar.

e. **Soweit nicht aus dem §. 2 sich ein Anderes ergiebt.** Vgl. §. 123 Anm. IIIc. Der §. 176 Abs. 1 Satz 2 ist dahin auszulegen: Ist zwar im Verhältnis nach innen eine Kommanditgesellschaft vorhanden (§. 176 Anm. Ib), die Firma des Unternehmers aber nicht eingetragen, und ist das Unternehmen eines der in §. 2 (und §. 3 Abs. 2) bezeichneten, so haftet im Falle eines mit Zustimmung des Kommanditisten erfolgten Geschäftebeginns der Kommanditist weder wie ein persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft, noch wie ein Kommanditist, sondern — gleichgiltig, ob dem Gläubiger über seine Beteiligung als Kommanditist etwas bekannt war oder nicht — wie ein Gesellschafter einer gewöhnlichen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

III. **Eintritt eines Kommanditisten.**

a. **Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft.** Vgl. §. 173 Anm. I. Der §. 176 Abs. 2 ist anwendbar auch auf den Sonderfall des §. 139 (§. 139 Anm. IV b). Eine bestehende Handelsgesellschaft braucht nicht notwendig eine eingetragene

zu sein (§. 105 Anm. I i). Daß nur §. 176 Abs. 1 **Satz** 1 für entsprechend anwendbar erklärt ist, wird darauf zurückzuführen sein, daß vorausgesetzt wurde, der Fall einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft der in §. 2 genannten Art könne nicht vorkommen. Hält man diese Voraussetzung für unzutreffend (§. 105 Anm. II a), so wird auf den Fall des §. 176 Abs. 2 auch §. 176 Abs. 1 **Satz** 2 entsprechend anzuwenden sein, da diese Anwendung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

b. **Geschäftebeginn oder -fortsetzung vor Eintragung.** Da bei einer bestehenden Handelsgesellschaft in der Regel ein Geschäftebeginn bereits erfolgt sein wird, so ist, soweit die Geschäfte bereits vor Eintritt des Kommanditisten begonnen sind, hier entsprechend die Geschäftefortsetzung nach Eintritt an die Stelle zu setzen. Unter „Eintragung" ist auch hier unter entsprechender Anwendung des §. 176 Abs. 1 nur die Eintragung am Sitze der Gesellschaft zu verstehen.

c. **Haftung des zustimmenden Kommanditisten.** Auch für den Fall des §. 176 Abs. 2 bildet die Zustimmung des Kommanditisten zum Beginn oder zur Fortsetzung der Geschäfte die Voraussetzung für seine Haftung gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. — Der §. 176 Abs. 2 bestimmt nur über die Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten wegen der nach dem Eintritt des Kommanditisten begründeten Verbindlichkeiten. Zweifelhaft bleibt, ob bezüglich der vor dem Eintritt des Kommanditisten begründeten Verbindlichkeiten überhaupt keine Haftung, oder in welchem Umfange etwa eine solche eintritt, solange der Einlagebetrag des eingetretenen Kommanditisten noch nicht eingetragen ist. Das A.D.H. enthielt keine besondere Vorschrift für den Fall des Geschäftebeginns vor Eintragung eines in eine bestehende Handelsgesellschaft neu eingetretenen Kommanditisten. Der bisherige Art. 163 Abs. 3 A.D.H., welcher dem jetzigen §. 176 Abs. 1 entsprach, schrieb, wie letzterer, nur eine Haftung „für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten" vor. Der §. 176 Abs. 2 und in ihm das „zwischen seinem Eintritt" ist neu eingeschoben. Die Denkschr. 117 bemerkt nur: „Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft ein, so muß er ebenfalls für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung begründeten Verbindlichkeiten haften." Man wird sich dafür entscheiden müssen, daß §. 176 Abs. 2 über die Haftung für vor dem Eintritt des Kommanditisten begründete Verbindlichkeiten überhaupt nichts bestimmen will, daß daher insoweit die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen. Entscheidend für die Haftung des eingetretenen, aber nicht eingetragenen Kommanditisten für früher begründete Verbindlichkeiten ist daher §. 173, und zwar unabhängig davon, ob bereits die Geschäfte begonnen (oder fortgesetzt) sind oder nicht, und ob der Beginn (oder die Fortsetzung) mit oder ohne Zustimmung des Kommanditisten erfolgt sind. Nun ist allerdings §. 173 nicht unmittelbar anwendbar, weil die dort bestimmte Haftung „nach Maßgabe der §§. 171, 172" voraussetzt, daß in der Eintragung ein Einlagebetrag angegeben ist (§. 172 Abs. 1). An sich müßte man folgern, daß wenn dieser Einlagebetrag nicht angegeben ist, eine Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten überhaupt nicht vorhanden, mithin unbeschränkte Haftung auch bezüglich der früheren Verbindlichkeiten eintrete. Zu demselben Ergebnis würde die unmittelbare Anwendung von §. 130 führen. Indessen wird wohl anzunehmen sein, daß durch das Einschieben der Worte „zwischen seinem Eintritt" in §. 176 Abs. 2 jedenfalls soviel ausgedrückt werden sollte, daß die Haftung für die vor dem Eintritt und für die nach dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten eine verschiedene sein solle. Dann bleibt aber nur übrig, den §. 173 entsprechend dahin auszulegen, daß der eingetretene aber nicht eingetragene Kommanditist für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten, unter entsprechender Anwendung der §§. 171, 172, mit dem zur Zeit des Eintritts für das Verhältnis nach innen maßgebenden Einlagebetrag nach außen hafte. (Eine ähnliche entsprechende Anwendung vgl. auch oben Anm. II d.) — Wollte man im Gegensatz zu der hier vor-

getragenen Ansicht aus §. 176 Abs. 2 schließen, daß eine Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten nicht eintrete (so nach bisherigem Rechte R.O.H. XII, 15), so würde man eine Belohnung auf die Nichteintragung setzen, man würde genötigt sein, aus §. 176 Abs. 2, der jedenfalls nur über den Fall eines mit Zustimmung des Kommanditisten erfolgten Geschäftebeginns spricht, allgemeine Schlüsse auf jeden Fall der Nichteintragung zu ziehen, und man würde mit den Grundsätzen des §. 130, bei welchem eine etwa erfolgte Eintragung unerheblich ist, in Widerspruch geraten.

V. Tod des Kommanditisten (§. 177).

§. 177.

Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

A.D.H. Art. 170 Abs. 1. **Entw. I** §. 164. **Entw. II** §. 175.

§. 177.

I. **Stellung der Erben im Innern der Gesellschaft.** Der §. 177 enthält nur eine Bestimmung verneinenden Inhalts. Welches die Folge des Todes eines Kommanditisten ist, muß aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden. Demgemäß wird anzunehmen sein, daß die Erben an die Stelle des Erblassers treten mit denselben Rechten und Pflichten wie dieser.

II. **Stellung der Erben nach außen.**

a. **Schwebezeit.** Der §. 139 ist unanwendbar; insbesondere kann der Erbe einseitig nicht früher ausscheiden als der Erblasser dies gekonnt hätte. Eine Schwebezeit besteht nicht während der Frist des §. 139 Abs. 3, sondern nur bis feststeht, wer Erbe wird, also insbesondere bis zu der Annahme der Erbschaft durch den berufenen Erben oder dem Ablauf der Ausschlagungsfrist (B.G. §§. 1943, 1944).

b. **Eintragung.** Nach Ablauf der vorerwähnten Schwebezeit sind die Erben zur Eintragung als Kommanditisten, jeder mit seinem Anteil an der Einlage des Erblassers, anzuhalten (§. 143 Anm. I; ebenso Staub, dagegen Renaud, K.G. S. 202). Die Eintragung der Gemeinschaft der Miterben als Kommanditist, selbst wenn man sie an sich für zulässig halten würde (vgl. §. 105 Anm. I e 1) würde nicht der für die Bestimmungen des §. 139 maßgebend gewesenen Erwägung entsprechen, daß im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nach Ablauf einer Schwebezeit die Begrenzung der Haftung auf den Betrag der Erbschaft aufhören müsse.

c. **Haftung für Gesellschaftsschulden.** Die Erben haften für die vor dem Anfall der Erbschaft begründeten Gesellschaftsschulden, soweit eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Frage kommt (also namentlich wegen rückständiger oder zurückgezahlter Einlage), nur nach Maßgabe der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (B.G. §§. 1993 ff., 2058; vgl. H.G.B. §. 139 Abs. 4). Für die Verbindlichkeiten, welche nach dem Anfall der Erbschaft und vor Eintragung des einzelnen Erben als Kommanditisten mit gesonderter Einlage begründet sind, haften alle Erben, soweit überhaupt eine unmittelbare Haftung ihres Erblassers bestand, als Gesamtschuldner und ohne Beschränkung auf die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. §. 139 Abs. 4, §. 173; der §. 176 Abs. 2 ist unanwendbar, weil der Betrag der Einlage des Erblassers eingetragen ist).

III. **Abweichende vertragliche oder letztwillige Festsetzung.** In entsprechender Anwendung des §. 138 ist die Vereinbarung für zulässig zu erachten, daß, wenn ein Kommanditist stirbt, seine Erben ausscheiden, und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. — Durch Vermächtnis sind die Rechte des Kommanditisten nicht in höherem Grade übertragbar als durch Übertragung unter Lebenden (ebenso Staub; dagegen nach bisherigem Recht Hahn Art. 170 §. 2; vgl. §. 105 Anm. I f.)

IV. **Auflösung einer als Kommanditist beteiligten Gesellschaft.** Wird eine als Kommanditist beteiligte Gesellschaft (§. 161 Anm. I a) aufgelöst, so hat dies ebensowenig wie der Tod des Kommanditisten die Auflösung der Kommanditgesellschaft zur Folge. Die aufgelöste Gesellschaft bleibt Kommanditist bis zur Auflösung der Kommanditgesellschaft oder zum Ausscheiden (z. B. infolge Kündigung) der als Kommanditist beteiligten Gesellschaft (Johow XIV, 55; vgl. §. 131 Anm. II). Dem Tode gleich steht jedoch, falls Liquidation der als Kommanditist beteiligten Gesellschaft erfolgte, die Beendigung der Liquidation (§. 156 Anm. IV), und falls keine Liquidation erfolgte, das Aufhören des Vorhandenseins von Gesellschaftsvermögen (§. 158 Anm. II c). Nach diesem Zeitpunkt nehmen dann — wenn man eine Rechtsnachfolge annimmt (vgl. §. 124 Anm. II c) — die bisherigen Gesellschafter der aufgelösten, als Kommanditist beteiligt gewesenen Gesellschaft eine den Erben eines Kommanditisten entsprechende Stellung ein (vgl. Johow XIV, 56).

Ex O.C.J.
6/9/11

Änderungen

der ersten Lieferung, zum größten Teil veranlaßt durch die Neuverkündung von Gesetzen mittels Bekanntmachung v. 20. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 369).

Seite III Zeile 13—14. Hinzufügen: „Cosack = K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Vierte, auf Grund des H.G.B. v. 10. Mai 1897 umgearbeitete Auflage. Stuttgart 1898.

Seite III Zeile 14. Hinzufügen: „in der Fassung von 1898 (R.G.Bl. 410)."

Seite III Zeile 16—17. Hinzufügen: „Düringer-Hachenburg = A. Düringer und M. Hachenburg, Das H.G.B. v. 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des B.G. erläutert. Mannheim 1898 (bisher die erste Lieferung erschienen)."

Seite III Zeile 23—24. Hinzufügen: „G.fr.Ger. = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit."

Seite III Zeile 28. Hinzufügen: „in der Fassung von 1898 (R.G.Bl. 371)."

Seite IV Zeile 3—4. K.B. = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Aktiengesetzes v. 1884. Reichstagsdrucksachen. 5. Legislatur-Periode. IV. Session 1884. Nr. 128.

Seite 3 Zeile 2. Streichen: „Kommanditisten".

Seite 5 Zeile 19—22. Statt: „Entwurf — sollen": „folgende Bestimmungen der C.P.O."

Seite 5 Zeile 23. Statt „670g": „741".

Seite 5 Zeile 29. Statt „690c" bezw. „670g": „774" bezw. „741".

Seite 5 Zeile 31. Statt „690": „771".

Seite 14 Zeile 14 von unten. Hinter „Obg." hinzufügen: „vgl. jedoch R.G. XXXIX, 137".

Seite 15 Zeile 19—21. Streichen „mit — Bestimmungen"; statt dessen: „Vgl. §. 105 Anm. IIa, §. 123 Anm. IIIc."

Seite 22 Zeile 11, 12 Statt „die": „diejenigen". Statt „in — mitbegriffen": „welche juristische Personen sind, mitbegriffen; vgl. §. 105 Anm. Ic."

Seite 23 Zeile 25. Hinzufügen: „Oranje-Freistaat (Freundschafts- und Handelsvertrag v. 28. April 1897, Art. 5, R.G.Bl. 1898 S. 95, alle Rechte der meistbegünstigten Nation)."

Seite 23 Zeile 6 von unten. Hinter „Republik" hinzufügen: „und des Oranje-Freistaats".

Seite 24 Zeile 5. Hinter „Republik" hinzufügen: „und des Oranje-Freistaats".

Seite 24 Zeile 13 von unten. Statt „sollen": „sind".

Seite 24 Zeile 12 von unten. Streichen: „für", „erklärt werden" und „Entwurf zum".

Seite 24 Zeile 11 von unten. Statt „121": „125".

Seite 24 Zeile 10 von unten. Statt „v. 1. Mai 1889 §§. 147 ff.": „§§. 156 ff."

Seite 24 Zeile 7 von unten. Statt „v. 15. Juni 1895 §§. 121 ff.)": „§§. 119 ff.). Über das Verfahren bestimmt G.fr.Ger. (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.)."

Seite 25 Zeile 4 von unten. Hinzufügen: „Vgl. §. 34 G.fr.Ger.".

Seite 26 Zeile 9. Statt: „soll": „sollte".

Seite 26 Zeile 11. Hinter „erteilen" hinzufügen: „Diese Bestimmung ist jedoch vom Reichstag gestrichen worden und in das verkündete Gesetz nicht übergegangen."

Seite 27 Zeile 22. Statt „Entw. §. 125": „§. 129".

Seite 28 Zeile 9. Statt „entscheiden die Landesgesetze": „vgl. G.fr.Ger. §§. 128, 167 ff., 191."

Seite 30 Zeile 18. Statt „22": „21".

Seite 31 Zeile 22. Statt „420": „402".

Seite 31 Zeile 7 von unten. Statt: „Es soll vorgeschrieben werden": „Der §. 131 G.fr.Ger. schreibt vor".

Seite 31 Zeile 5 von unten streichen.

Seite 33 Zeile 19. Statt „soll": „ist".

Seite 33 Zeile 20. Statt „(Entwurf — werden": „§§. 132—138, 33 geordnet".

Seite 36 Zeile 27. Statt „55 — H.G.B.": „54 Abs. 3 Ges. betr. G. m. beschr. H. R.G.Bl. 1898 S. 846".

Seite 37 Zeile 13. Statt „231": „256".

Seite 37 Zeile 29. Statt „779": „894".

Seite 37 Zeile 12 von unten. Statt „814, 819": „935, 940, 938".

Seite 38 Zeile 6—10 streichen. Statt dessen: „Die hierher gehörigen Bestimmungen des G.fr.Ger. sind abgedruckt vor §. 105 H.G.B."

Seite 39 Zeile 6 statt „54": „56".

Seite 42 Zeile 1 von unten. Statt „Für — 665": „Jetzt vgl. C.P.O. §§. 325, 727."

Seite 43 Zeile 3. Statt „431": „469".

Seite 43 Zeile 10. Statt „217, 223, 236": „239, 246, 265".

Seite 43 Zeile 26. Hinter „67" hinzufügen: „Vgl. jedoch §. 124 Anm. IIb".

Seite 58 Zeile 5. Hinter „350)." hinzufügen: „Auf Grund eines vor Geschäftserwerb gegen den Veräußerer rechtskräftig ergangenen Urteils kann eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erwerber nachgesucht werden (C.P.O. §. 729 Abs. 2)."

Seite 66 Zeile 17. Statt „138 — des": „142".

Seite 69 Zeile 11—13. Statt „soll — werden": „durch §. 141 G.fr.Ger. ersetzt".

Seite 69 Zeile 27. Statt „104 — 191“: „112, 116, 163, 190, 198, 205“.

Seite 70 Zeile 14 von unten. Hinter „ist“ hinzufügen: „(Johow XVII, 5; vgl. Denkschr. 41).“

Seite 74 Zeile 1. Statt „137 — zum“: „141—144“.

Seite 74 Zeile 7. Statt „soll“: „ist“.

Seite 74 Zeile 8. Statt „(Entwurf — werden“: „§. 140 geordnet“.

Seite 75 Zeile 17. Hinter „481)“ hinzufügen: „Jedoch nur soweit ihnen in ihrem Heimatstaat ein entsprechender Rechtsschutz gewährt wird (R.G. XL, 64).“

Seite 77 Zeile 21. Statt „31“: „33“.

Seite 77 Zeile 22. Statt „v. 20 — 42“: „betr. G. m. b. H., R.G.Bl. 1898 S. 846, §. 41“.

Seite 79 Zeile 5 von unten. Hinter „161“ hinzufügen: „XXX, 170“.

Seite 81 Zeile 2. Statt „31“: „33“.

Seite 81 Zeile 3. Statt „v. 20—42“: „betr. G. m. b. H., R.G.Bl. 1898 S. 846, §. 41“.

Seite 84 Zeile 16 von unten. Statt „Ges. — 90“: „Genossenschaftsges., R.G.Bl. 1898 S. 810, §. 93“.

Seite 84 Zeile 15 von unten. Statt „v. 20 — 75“: „betr. G. m. b. H., R.G.Bl. 1898 S. 846, §. 74“.

Seite 85 Zeile 11 von unten. Staatt „259, 384“: „286, 419“.

Seite 86 Zeile 24. Hinter „C.P.O.“ hinzufügen: „; letzterer jetzt ersetzt durch §. 422 C.P.O v. 1898“.

Seite 86 Zeile 7 von unten bis Seite 87 Zeile 1. Statt: „Gelegentlich — bleiben“: „In Betracht kommen §§. 142, 422, 423 C.P.O.“

Seite 87 Zeile 12. Statt „399“: „434“.

Seite 88 Zeile 4 von unten. Statt „v. 20 — 47“: „betr. G. m. b. H., R.G.Bl. 1898 S. 846, §. 46“.

Seite 88 Zeile 2 von unten. Statt „Ges. — 40“: „Genossenschaftsges., R.G.Bl. 1898 S. 810, §. 42.“

Seite 90 Zeile 4 von unten. Statt „159“: „173“.

Seite 91 Zeile 16 von unten. Statt „440“: „478“.

Seite 95 Zeile 6 von unten. Statt „6“: „7, 23“.

Seite 95 Zeile 5—4 von unten. Streichen: „und — II“.

Seite 96 Zeile 10. Statt „Geschäftsführung“: „Vertretung“.

Seite 98 Zeile 3 von unten. Statt „159“: „173“.

Seite 99 Zeile 2. Statt „Ges. — 40“: „Genossenschaftsges., R.G.Bl. 1898 S. 810, §. 42“.

Seite 121 Zeile 18—19. Statt „v. 1877 — Denkschr. 73).“: „§§. 22, 23 geregelt.“

Seite 142 Zeite 22. Statt „Vertreters“: „zu einer Verrichtung Bestellten“.

Seite 162 Zeile 10 von unten. Statt „209 Ziff. 3, 210 Ziff. 2“: „239 Ziff. 3, 240 Ziff. 3“.

Dritter Abschnitt.

Aktiengesellschaft.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Das A.D.H. v. 1861 ging von dem Erfordernis einer staatlichen Genehmigung für jede A.G. aus. Das Ges. v. 11. Juni 1870 (B.G.Bl. 375) beseitigte die Vorschriften über staatliche Genehmigung, deren Bekanntmachung und staatliche Oberaufsicht (außer soweit der Gegenstand des Unternehmens staatliche Genehmigung oder Aufsicht bedingt) unter Änderung einer größeren Zahl von Einzelbestimmungen und Hinzufügung neuer. Das Ges. v. 18. Juli 1884 (R.G.Bl. 123) gab den Bestimmungen über K.A.G. und A.G. eine neue Fassung, jedoch unter Wahrung der Grundzüge des Ges. v. 11. Juni 1870. Das H.G.B. enthält eine neue Anordnung der Vorschriften über die A.G. und K.A.G. und bessert und ergänzt in Einzelheiten das bisherige Recht, so namentlich in den Bestimmungen über Prüfung der Gründung, Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, Bezugsrecht, Veräußerung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes, Nichtigkeit der Gesellschaft, wiederkehrende Leistungen der Aktionäre (Denkschr. 118, 119).

II. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die Aktiengesellschaft ist ein Verein im Sinne des B.G. (Dies ist vorausgesetzt in B.G. §. 22. Vgl. H.G.B. §. 6 Anm. IVa, §. 105 Anm. Ic. Vgl. auch Lehmann, Recht der A.Gen. I, 249.) Man wird daher annehmen müssen, daß auf die Aktiengesellschaft die allgemeinen Vorschriften des B.G. über rechtsfähige Vereine (B.G. §§. 24—53) ergänzend Anwendung finden, in gleicher Weise wie nach §. 105 Abs. 2 auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft. — Die Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft sind nicht ergänzend anwendbar auf die A.G. Unter die Begriffsbestimmung des §. 705 B.G. fällt die A.G. nicht, weil bei letzterer (es sei denn in einem Vorvertrag) keine Verpflichtung der Gesellschafter gegen einander, sondern nur eine Verpflichtung jedes Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft übernommen wird. **Die Aktiengesellschaft ist daher keine Gesellschaft im Sinne des B.G.; der Gesellschaftsvertrag der A.G. ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern eine Satzung im Sinne des B.G.** (§. 182 Anm. I, IIIa); **der Aktionär ist kein Gesellschafter, sondern ein Mitglied im Sinne des B.G.; die Rechte des Aktionärs** (Anteilrechte §. 179 Anm. IIa) **sind Mitgliedschaftsrechte im Sinne des B.G.**

III. **Ältere Gesellschaften.** Nach Denkschr. 304 „muß im allgemeinen, ebenso wie dies in den Übergangsbestimmungen des Gesetzes vom 18. Juli 1884 geschehen ist, davon ausgegangen werden, daß die neuen aktienrechtlichen Vorschriften auch auf die bestehenden Gesellschaften Anwendung finden, soweit nicht die Wirkung von Rechtsakten in Frage steht, die bereits unter der Herrschaft des alten Rechtes vollendet sind." Eine Feststellung dieser Regel im Gesetz wurde für überflüssig erachtet (Denkschr. 305).

Mangels einer solchen gesetzlichen Feststellung für den Sonderfall der A.G. wird in erster Reihe auf diejenigen gesetzlichen Bestimmungen zurückzugehen sein, welche für den allgemeineren Fall der juristischen Personen (oben Anm. II) gegeben sind. Hierüber bestimmt

E.G. z. B.G. Art. 163. „Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden juristischen Personen finden von dieser Zeit an die Vorschriften der §§. 25—53, 85—89 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, soweit sich nicht aus den Artikeln 164—166 ein Anderes ergiebt."

(Die Ausnahmen der Art. 164—166 kommen hier nicht in Betracht; ebensowenig die §§. 85—89 B.G., welche von Stiftungen und von Körperschaften des öffentlichen Rechts handeln. Die §§. 25—53 enthalten die Vorschriften über rechtsfähige Vereine). Insoweit die §§. 25—53 B.G. auf Aktiengesellschaften überhaupt nicht zur Anwendung kommen, weil für Aktiengesellschaften die Sondervorschriften des H.G.B. gelten, kann das E.G. z. B.G. Art. 163 nur entsprechend angewendet werden, dahin, daß auf die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G. bestehenden Aktiengesellschaften die Vorschriften des neuen H.G.B. über Aktiengesellschaften und ergänzend die Vorschriften des B.G. über rechtsfähige Vereine zur Anwendung zu bringen sind.

Neben jener Bestimmung des E.G. z. B.G. Art. 163 steht aber eine zweite allgemeine Bestimmung, welche jene erstere beschränkt, die Bestimmung in

E.G. z. B.G. Art. 170. „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend."

Die „Gesellschaft" des B.G. ist ein Schuldverhältnis in diesem Sinne (B.G. Buch II Abschnitt 7: „Einzelne Schuldverhältnisse"). Die Aktiengesellschaft ist jedoch keine Gesellschaft im Sinne des B.G. (oben Anm. II); deshalb ist Art 170 E.G. z. B.G. bei der A.G. (und überhaupt bei Vereinen) auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern untereinander und zwischen der A.G., deren Beamten und dem Mitglied, nicht anwendbar, soweit der Rechtsgrund eines Anspruches die Mitgliedschaft und deren Bestehen nach dem Inkrafttreten des H.G.B. ist. Für anwendbar dagegen ist Art. 170 insoweit zu erachten, als ein Vertragsverhältnis der A.G. vorliegt (z. B. ein Vertrag auf Übernahme von Vermögensgegenständen, §. 186 Anm. IIIb), ferner auch insoweit, als schon vor Inkrafttreten des H.G.B. die ursprünglich zwar auf der Mitgliedschaft beruhende Forderung bereits in eine von jenem Rechtsgrunde nicht mehr abhängige übergegangen ist, z. B. die Forderung auf Auszahlung des Gewinnanteils nach Feststellung der Höhe des verteilbaren Reingewinns (§. 213 Anm. IIc), oder ein durch Dividendenausfall entstandenes Nachbezugsrecht (§. 185 Anm. IIa). Andererseits ist Art. 170 überhaupt nur mit der Beschränkung anwendbar, daß nach Inkrafttreten des B.G. und des H.G.B. eintretende neue, auf das Schuldverhältnis einwirkende Thatsachen nach neuem Recht zu beurteilen sind (Achilles, B.G.). So können im neuen Recht die Handlungen, welche zur Erfüllung eines früher giltig geschlossenen Vertrages dienen sollen, mit Wirkung auf die unter Herrschaft des neuen Rechts vorzunehmenden Erfüllungshandlungen verboten werden (z. B. die versprochene Einziehung von Anteilrechten aus anderen Mitteln als dem verfügbaren Gewinn, R.G. XXII, 1).

Das vorstehend aus den allgemeinen Bestimmungen abgeleitete Ergebnis deckt sich im wesentlichen mit der im Eingang erwähnten Regel, welche die Denkschrift aufstellt. Diese allgemeinen Grundsätze kommen nun aber nicht zur Anwendung, soweit für einzelne in Betracht kommende Rechtsverhältnisse Sondervorschriften bestehen. In Betracht kommen nach dieser Richtung vier Gruppen von Bestimmungen, wobei zu beachten ist (Denkschr. 307), daß in den drei erstgenannten

Gruppen gemäß der Bestimmung in E.G. z. H.G.B. Art. 3 an die Stelle der Vorschriften des A.D.H., auf welche in Reichs- oder Landesgesetzen verwiesen ist, die Vorschriften des H.G.B. treten:

1. Für die vor Verkündung des A.D.H. bestehenden A.Gen. die Vorschriften der Landes-Einführungsgesetze.
2. Für die vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes v. 11. Juni 1870 bestehenden K.A.Gen. der §. 5 dieses Gesetzes (berührt §. 330 Abs. 4 H.G.B.), für die vor Einführung jenes Gesetzes in Baiern bereits vorhandenen bairischen A.Gen. u. K.A.Gen. auch Einf.-Ges. v. 22. April 1871 (Bundes-G. Bl. 87) §. 10 (berührt §§. 198—201, 323 H.G.B.).
3. Für die vor dem 14. August 1884 bestehenden (zum Teil auch für die damals bereits zum Handelsregister angemeldeten) A.Gen. und K.A.Gen. das Aktiengesetz v. 18. Juli 1884 §§. 2—7 (berührt namentlich §§. 178—180, 182—199, 202—207, 209, 248, 252, 278—287, 321—324, 327 H.G.B.). Für diese Bestimmungen — ebenso wie für die noch älteren, oben zu 1 und 2 angeführten — werden sich jedoch nur selten noch Fälle ergeben, in denen sie zur Anwendung zu bringen sind. Nach Denkschr. 307 werden lediglich die Vorschriften der §§. 4—6, die sich auf das Stimmrecht in der Generalversammlung, auf die Unzulässigkeit einer Befreiung der Aktienzeichner von der Haftung für weitere Einzahlungen, auf den Handelsbetrieb der Vorstandsmitglieder und auf die Bestellung der letzteren zu Mitgliedern des Aufsichtsrats beziehen, noch in Betracht kommen.
4. Für die vor Inkrafttreten des H.G.B. bestehenden (zum Teil auch für die damals bereits zum Handelsregister angemeldeten) A.Gen. und K.A.Gen. das Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 22—28.

IV. **Stempelsteuer gelegentlich Errichtung der A.G. oder Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen.**

a. **Deutscher Urkundenstempel.** Reichsstempelges. v. 27. April 1894 (R.G.Bl. 393) Tarif 1:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„a. Inländische Aktien und Aktienanteilsscheine, sowie Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere . . .	1 %	vom Nennwerte, bei Interimsscheine vom Betrage der bescheinigten Einzahlungen, und zwar zu 1a in Abstufungen von 1 Mk. zu 1b in Abstufungen von $1^1/_2$ Mk. für je 100 Mk. oder einen Bruchteil dieses Betrages. Der nachweislich versteuerte Betrag der Interimsscheine wird auf den Betrag der demnächst etwa zu versteuernden Aktien u. s. w. angerechnet. Ausländische Werte werden nach den Vorschriften wegen Erhebung des Wechselstempels umgerechnet.
b. Ausländische Aktien und Aktienanteilsscheine, wenn sie im Inlande ausgehändigt, veräußert, verpfändet oder wenn daselbst andere Geschäfte unter Lebenden damit gemacht oder Zahlungen darauf geleistet werden, — unter der gleichen Voraussetzung auch Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere	$1^1/_2$ %	
Die Abgabe ist von jedem Stück nur einmal zu entrichten.		
Befreit sind:		
Inländische Aktien und Aktienanteilsscheine, sowie Interimsscheine über Einzahlungen auf diese Wertpapiere, sofern sie von Aktiengesellschaften ausgegeben werden,		

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
welche nach der Entscheidung des Bundesrats ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dienen, den zur Verteilung gelangenden Reingewinn satzungsmäßig auf eine höchstens vierprozentige Verzinsung der Kapitaleinlagen beschränken, auch bei Auslosungen oder für den Fall der Auflösung nicht mehr als den Nennwert ihrer Anteile zusichern und bei der Auflösung den etwaigen Rest des Gesellschaftsvermögens für gemeinnützige Zwecke bestimmen.		
Die von solchen Aktiengesellschaften beabsichtigten Veranstaltungen müssen auch für die minder begüterten Volksklassen bestimmt sein.		
Anmerkung zu Tarifnummer 1 und 2.		
. . . .	. . . . . .	. . . .
Genußscheine und ähnliche zum Bezuge eines Anteils an dem Gewinn einer Aktienunternehmung berechtigende Wertpapiere, sofern sie sich nicht als Aktien oder Aktienanteilsscheine (Tarifnummer 1) oder als Renten- oder Schuldverschreibungen (Tarifnummer 2) darstellen, unterliegen einer festen Abgabe, die für		
a. solche, welche als Ersatz an Stelle amortisirter Aktien ausgegeben werden . .	0,50 Mk.	von jeder einzelnen Urkunde
b. alle übrigen, und zwar		
1. inländische	3,— Mk.	
2. ausländische	5,— Mk.	
beträgt.		
Vor dem 1. Mai 1894 ausgegebene Genußscheine sind der vorbezeichneten Abgabe nicht unterworfen."		

b. **Preußischer Urkundenstempel.** Stempelsteuergesetz v. 31. Juli 1895 (G.S. 413) Tarif 25:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„Gesellschaftsverträge, wenn sie betreffen:		
a. die Errichtung von Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie die Erhöhung des Aktien- oder Grundkapitals solcher Gesellschaften.	1/50 %	des Aktien- oder Grundkapitals oder der Erhöhung dieses Kapitals;
. . . .	. . . . . .	. . . .

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
Wenn jedoch die Zwecke der vorbezeichneten Gesellschaften nicht auf den Gewinn der Teilnehmer gerichtet sind	1,50 Mk.	
Beschlüsse über die Erhöhung des Aktien-, Grund- oder Stammkapitals (Nachschüsse) sind wie Verträge hierüber zu versteuern.		
Wird das Kapital nicht sofort voll eingezahlt, so ist der Wertstempel von der jedesmaligen Teilzahlung zu entrichten;		
. . . .	. . . . . .	. . . .
c. das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen in eine Gesellschaft der unter a bezeichneten Art bei Errichtung derselben oder in eine bereits bestehende Gesellschaft dieser Art, insoweit zu dem eingebrachten Vermögen unbewegliche im Inlande belegene Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte gehören	1 %	des Entgelts einschließlich der auf der Einlage ruhenden, auf die Gesellschaft übergehenden Passiva und des Wertes aller sonstigen ausbedungenen Leistungen und vorbehaltenen Nutzungen oder, wenn das Entgelt aus dem Vertrage nicht hervorgeht, des Wertes des eingebrachten Vermögens;
insoweit zu dem eingebrachten Vermögen unbewegliche außerhalb Landes belegene Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte gehören	1,50 Mk.	
insoweit das eingebrachte Vermögen aus beweglichen Vermögensgegenständen besteht	1/8 %	des Entgelts einschließlich des Wertes der ausbedungenen Leistungen und vorbehaltenen Nutzungen oder, wenn das Entgelt nicht aus dem Vertrage hervorgeht, des Wertes des eingebrachten Vermögens;
insoweit das eingebrachte Vermögen aus Forderungsrechten besteht . .	1/50 %	des Wertes der Forderungen;
Auf den Wertstempel kommt der nach den Vorschriften unter a dieser Tarifstelle zu berechnende Wertstempel in Anrechnung, wenn das Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft zugleich mit deren Errichtung oder mit der Erhöhung des Gesellschaftsvermögens beurkundet wird."		

Bestritten ist die Giltigkeit der Bestimmung des vorstehenden Tarifs 25c in Anwendung auf Einbringung gegen Aktienempfang, weil sie eine durch §. 18 Reichsstempelgesetz verbotene landesgesetzliche Verstempelung des bereits nach dem Reichsstempelgesetz Tarif Nr. 4 (nachstehend zu c) abgabepflichtigen Geschäfts enthalte (Esser §. 186 Anm. 5).

c. **Geschäftsstempel.** Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894 (R.G.Bl. 393) Tarif 4:

Gegenstand der Besteuerung	Steuersatz	Berechnung der Stempelabgabe
„a. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über 1. ausländische Banknoten, ausländisches Papiergeld, ausländische Geldsorten; 2. Wertpapiere der unter Nr. 1, 2 und 3 des Tarifs bezeichneten Art . . . . Den Kauf- und sonstigen Anschaffungsgeschäften steht gleich die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgende Zuteilung der Aktien auf Grund vorhergehender Zeichnung, die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft stattfindende Übernahme der Aktien durch die Gründer und die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber.“	$^2/_{10}$ ‰	vom Werte des Gegenstandes des Geschäfts, und zwar in Abstufungen von 20 beziehungsweise 40 Pf. für je 1000 Mk. oder einen Bruchteil dieses Betrages. Der Wert des Gegenstandes wird nach dem vereinbarten Kauf- oder Lieferungspreis, sonst durch den mittleren Börsen- oder Marktpreis am Tage des Abschlusses bestimmt. Die zu den Wertpapieren gehörigen Zins- und Gewinnanteilscheine bleiben bei Berechnung der Abgabe außer Betracht . . . . . Ausländische Werte sind nach den Vorschriften wegen Erhebung des Wechselstempels umzurechnen.

V. **Einkommensteuer.** Für Preußen vgl. Simon, die Staatseinkommensteuer der A.Gen., K.A.Gen., Berggewerkschaften, Eingetragenen Genossenschaften und Konsumvereine in Preußen nach dem Ges. v. 24. Juni 1891. Berlin, 1892.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§. 178.

Grundkapital. Beteiligung und Haftung der Gesellschafter.

Die sämmtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften.

A.D.H. Art. 207 Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 165. **Entw. II** §. 176.

§. 178.

I. **Aktiengesellschaft.**

a. **Begriff.** Der §. 178 soll keine erschöpfende Begriffsbestimmung enthalten; aus demselben geht nicht hervor, daß jede Vereinigung, bei welcher die in §. 178 erwähnten Merkmale vorhanden sind, eine A.G. ist (Denkschr. 119). Dagegen ist der umgekehrte Schluß zutreffend, daß eine A.G. nicht vorhanden ist, wenn eines der in §. 178 erwähnten Merkmale fehlt. Wesentlich für das Vorliegen einer A.G. ist:

a. die Zerlegung des Grundkapitals in Aktien (§. 178; R.G. XXI, 156);
b. die Beteiligung jedes Gesellschafters mit einer Einlage (§. 178; R.G. XXX, 17);

c. das Nichtvorhandensein einer persönlichen Haftung irgend eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§. 178);

d. die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (§. 200 Abs. 1);

e. das Vorhandensein (und die Nicht-Nichtigkeit) der in §. 182 Abs. 2 aufgezählten wesentlichen Bestimmungen der Satzung oder erfolgte Heilung eines diesbezüglichen Mangels (§§. 309, 310).

Nicht jedes körperschaftlich organisierte Verhältnis mit beliebigem Inhalt gesellschaftlicher Leistungen ist eine A.G., wenn als der Haftungsgegenstand nach außen lediglich ein bestimmtes, durch festbestimmte Kapitalbeiträge gebildetes Kapital gesetzt ist (R.G. XXI, 156). — Über den internationalen Begriff der A.G. vgl. Lehmann, Recht der A.Gen. I, 132.

b. **Juristische Persönlichkeit.** Da die Aktiengesellschaft ein Verein im Sinne des B.G. (Vorbem. II zu Buch II Tit. 3 H.G.B.) und rechtsfähig (§. 210 Abs. 1) ist, so ist sie eine juristische Person (B.G. Buch I Tit. 2. Überschrift). Darauf deutet auch die Fassung der Überschrift des H.G.B. Buch II Abschn. 3 Tit. 2 und das „als solche" in §. 210 (§. 210 Anm. Ia). Ebenso nach bisherigem Recht (Str. Bd. 72 S. 235, R.O.H. XXII, 242, R.G. XXIII, 202, vgl. R.G. VI, 71, VII, 69, XXXI, 21, Lehmann I, 228 Anm. 1; dahingestellt P. 1040).

c. **Gesellschaftsvermögen.** Die A.G. als juristische Person hat ein selbständiges Gesellschaftsvermögen. Der einzelne Aktionär hat an dem Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dies Vermögen zusammensetzenden Gegenständen auf Grund seiner Mitgliedschaft nicht etwa einen sachenrechtlichen Anteil, vielmehr nur Forderungsrechte verschiedenen Inhalts (Denkschr. 133; vgl. §. 105 Anm. Ig).

II. **Grundkapital.**

a. **Begriff.** Grundkapital ist die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Zahl, welche den ungefähren Wert der bei Gründung versprochenen Einlagen darstellen soll. Die so festgesetzte Zahl gilt aber als „Grundkapital" selbst insoweit sie jenem Werte nicht entspricht (vgl. auch Anm. III). Das Gesetz giebt nur Bestimmungen, welche geeignet sind, jene — an sich willkürlich festgesetzte — Zahl dem Werte der Einlagen einigermaßen anzunähern. (Ausführlich auseinandergesetzt bei Staub Art. 207 §. 1, Lehmann, Recht der A.Gen. I, 158). Während bestehender A.G. kann der Betrag des Grundkapitals nur durch Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse geändert werden. Das Grundkapital steht zu dem Gesellschaftsvermögen in ähnlichem Verhältnis wie der Nennbetrag der Aktien zu deren Kurs. — Von „Grundkapital" in vorstehendem Sinne kann man das (im A.D.H. Art. 207 Abs. 2 als hiermit gleichbedeutend bezeichnete) „Einlagekapital" unterscheiden, indem man unter letzterem den in der Gesamtheit der Einlageversprechen und der thatsächlich bewirkten Einlagen bestehenden Teil des Gesellschaftsvermögens begreift. Auch im neuen H.G.B. ist mit dem Ausdruck „Grundkapital" an einigen Stellen noch der letztere (mit vorstehender Bedeutung von „Einlagekapital" übereinstimmende) Sinn verbunden (§§. 241 Abs. 3 Ziff. 5, 288 Abs. 2; vgl. auch §§. 202 Abs. 1, 203, 245 Abs. 1, 280 Abs. 2, 313 Ziff. 1, 3; über den Ausdruck „Einlage auf das Grundkapital" vgl. §. 211 Anm. II). In den nachstehenden Erläuterungen ist bei Gebrauch des Wortes „Grundkapital" der erstere Sinn festgehalten.

b. **Zerlegung in Aktien.** Die Aktie (in diesem Sinne; vgl. §. 179 Anm. I) ist hiernach ein fester Bruchteil des Grundkapitals. Über die Art der Zerlegung bestimmt Näheres §. 179. — Das A.D.H. v. 1861 gestattete die Zerlegung in „Aktien oder Aktienanteile". Dies wurde bereits durch Ges. v. 1884 geändert.

III. **Beteiligung jedes Gesellschafters mit einer Einlage.** „Einlage" vgl. §. 111 Anm. Ia, §. 186 Anm. IIa, §. 195 Anm. III, §. 211 Anm. II. Jeder Gesellschafter muß sich mit einer Einlage, d. h. mit einem Kapitalbeitrag beteiligen. Eine A.G. liegt daher nicht vor, wenn einer oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Arbeitsleistungen beteiligen. Zulässig dagegen ist, daß die Aktionäre außer der Verpflichtung zu „Kapitaleinlagen" (§. 211 Anm. II) auch die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen (welche auch Arbeitsleistungen sein können) übernehmen (§. 212). Keine Einlage ist vorhanden, wenn der Wert der Einlage durch eine gleichzeitig seitens der Gesellschaft als Entgelt für die Einlegung übernommene Last gleichen Wertes aufgewogen wird (R.G. XXI, 154; die Möglichkeit des Vorhandensein eines „Grundkapitals" im Sinne der Anm. IIa wird hierdurch nicht ausgeschlossen).

IV. **Nichtvorhandensein einer persönlichen Haftung irgend eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Unter „persönlicher" Haftung ist die Möglichkeit unmittelbarer Inanspruchnahme seitens der Gesellschaftsgläubiger zu verstehen. Bei der A.G. ist eine solche unmittelbare Inanspruchnahme der Aktionäre ausgeschlossen. Nur die Gesellschaft kann den Aktionär in Anspruch nehmen. Auch soweit die Einlagen rückständig sind (O.L.G. Braunschweig v. 18. Juni 1885 Z.f.H. Bd. 37 S. 549). Die Haftung ist aber ferner auch eine beschränkte, sie ist begrenzt durch den Betrag der Einlagen und (im Falle des §. 212) der etwa zugesagten wiederkehrenden Leistungen. „Verbindlichkeiten der Gesellschaft" vgl. §. 128 Anm. III. — Nicht ausgeschlossen ist, daß eine persönliche Haftung aus einer Handlung des Aktionärs entsteht, z. B. aus einer Mitwirkung bei einer unwahren Kundgebung der Gründer oder der Gesellschaft über die Zeichnung oder Einzahlung seitens des betreffenden Aktionärs (§. 182 Anm. IIc2α) oder aus der Annahme unzulässiger, seitens der Gesellschaft geleisteter Zahlungen (§. 217 Anm. IIc).

§. 179.

Mitgliedscheine; Unteilbarkeit; Ausgabe vor Vollzahlung.

Die Aktien sind untheilbar.

Sie können auf den Inhaber oder auf Namen lauten.

Aktien, die vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden, dürfen nicht auf den Inhaber lauten. Das Gleiche gilt von Antheilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden (Interimsscheine).

Werden auf Namen lautende Aktien vor der vollen Leistung der Einzahlungen ausgegeben, so ist der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Urkunden anzugeben.

A.D.H. Art. 207 Abs. 3—5. **Entw. I** §. 166. **Entw. II** §. 177.

§. 179.

I. **„Aktie" im H.G.B.** Das Wort „Aktie" ist im H.G.B. unterschiedslos gebraucht an einzelnen Stellen für „Grundkapitalanteil" (so z. B. §. 178, §. 179 Abs. 1, §. 188, §. 189 Abs. 1), an anderen Stellen für die „Urkunde, welche — nicht als nur einstweilige — über die Beteiligung mit einem solchen Grundkapitalanteil ausgestellt wird" (so z. B. §. 179 Abs. 2—4, §§. 180, 181, 189 Abs. 2); an einzelnen Stellen endlich für „Anteilrecht des Aktionärs," alle Rechte und Pflichten des Aktionärs einschließend (so z. B. §§. 180 Abs. 3, 222, 223 soweit von „Übertragung

der Aktie" die Rede ist, verglichen mit §. 180 Abs. 4 „Übertragung der Rechte" und §. 212 Abs. 1, 3, §. 220 Abs. 2 „Übertragung der Anteilrechte"). Vgl. Lehmann, das Recht der A.Gen. I, 172.

In den nachstehenden Erläuterungen ist (dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechend) das Wort „Aktie" nur in der Bedeutung einer Urkunde gebraucht, und — soweit dies gegenüber der Fassung des Gesetzes durchführbar — möglichst „Grundkapitalanteil" und „Anteilrecht" auseinander gehalten. — Infolge des unterschiedslosen Gebrauchs des Wortes „Aktie" im H.G.B. ist die Fassung zahlreicher Paragraphen eine ungenaue, insbesondere auch weil oft mit Worten, welche nur auf die Aktienurkunde Bezug haben können, Vorschriften gegeben sind, die nach dem Willen des Gesetzgebers entsprechend auch von den Grundkapitalanteilen oder sogar von den Anteilrechten gelten sollen (so z. B. in §. 180, 222 Abs. 4). Der unterschiedslose Gebrauch findet seine Erklärung — aber nicht seine Rechtfertigung — darin, daß die Aktie ein Wertpapier ist (unten Anm. IVb). Wo „Aktie" statt „Anteilrecht" oder „Grundkapitalanteil" steht, ist die betreffende Vorschrift anwendbar auch wenn überhaupt keine Urkunden oder wenn Interimsscheine ausgegeben sind (Anm. IIb, V); wo „Aktie" statt „Aktienurkunde" steht, ist im Einzelfall — soweit das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung enthält — zu prüfen, ob die Vorschrift auch auf Interimsscheine anwendbar ist.

II. **Anteilrecht.**

a. **Begriff und Inhalt.** Unter „Anteilrecht" (§§. 200 Abs. 2, 212 Abs. 1, 3, 219 Abs. 1, 3, 220 Abs. 2, 287 Abs. 2) wird die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters (Aktionärs) verstanden. Kein derartiges Anteilrecht ist daher das Recht auf Teilnahme am Dividendenbezuge ohne gleichzeitiges Stimmrecht und ohne Teilnahme an etwaigem Kapitalverlust (R.G. XXX, 17). In dem Anteilrecht liegt in der Regel auch der Anspruch auf Aushändigung einer Aktie gegen Einzahlung der Einlage oder eines bestimmten Einlagebruchteils (R.O.H. XIX, 231). Gegenteiligen Vereinbarungen, wonach überhaupt keine Mitgliedscheine ausgegeben werden sollen, steht keine zwingende Vorschrift des Gesetzes entgegen (ebenso Gareis, Handelsrecht S. 277 Anm. 3; a. M. Ring Art. 207 Anm. 6, Lehmann I, 198, anscheinend auch R.O.H. XIX, 232; vgl. unten Anm. IIb). Das Bestehen der A.G. als solcher ist nicht bedingt durch das Vorhandensein von Aktienurkunden (R.G. XXXIV, 115). Ein vorhandenes Recht auf Aushändigung von Aktienurkunden kann auch nach Ausbruch des Konkurses über die A.G. geltend gemacht werden, jedenfalls dann, wenn Aktien schon vorher ausgefertigt waren oder noch ausgefertigt werden können (R.O.H. XIX, 235, XX, 276). Wer Aushändigung von Aktienurkunden fordern kann, braucht sich nicht mit Aushändigung von Interimsscheinen zu begnügen (R.O.H. XX, 276, Bolze Bd. 1 Nr. 1188). Hat der einzelne Aktionär mit der Gesellschaft eine (wenn auch im einzelnen unzulässige) Vereinbarung getroffen, wonach die Gesellschaft über die ihm zukommenden Aktienurkunden anderweit verfügen soll, so kann er selbstverständlich die Erfüllung seiner Pflichten nicht mehr von der Aushändigung der Urkunden abhängig machen (R.G. II, 135).

b. **Unabhängigkeit von dem Mitgliedschein.** Das Anteilrecht entsteht durch Übernahme des entsprechenden Grundkapitalanteils und Errichtung der A.G. Das Anteilrecht ist mithin schon vorhanden vor Ausgabe einer über dasselbe lautenden Urkunde (R.G. XXXI, 22, XLI, 14). Es bleibt als solches unverändert, gleichgiltig ob keine Urkunden, ob Interimsscheine, ob Namenaktien oder ob Inhaberaktien ausgegeben sind (vgl. R.G. V, 193, XXXVI, 40, XL, 130). Es bleibt bestehen auch wenn die ausgegebene Urkunde verloren gegangen und wenn sie für kraftlos erklärt ist (§§. 228, 290, R.G. XXXVI, 139). Sind keine Urkunden

ausgegeben, so ist dadurch weder eine Veräußerung des Anteilrechts ausgeschlossen (R.G. XXXIV, 115, XLI, 14; vgl. §. 202 Abs. 2), noch kann deswegen dem Anteilberechtigten die Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung versagt werden (Johow XIV, 32, R.G. XXXIV, 115); als Aktionär hat er sich dann in der Regel nach den allgemeinen, für den Erweis des Erwerbes von Rechten maßgebenden Grundsätzen auszuweisen, also durch Vorlegung des Zeichnungsscheins und etwaiger späterer Übertragungsurkunden (Johow XIV, 33); auch genügt seine (ein Anerkenntnis der A.G. enthaltende) Eintragung im Aktienbuch der Gesellschaft, soweit gegen die Begründetheit der Eintragung nicht im Einzelfall besondere Bedenken vorliegen (R.G. XXXIV, 115 gegen Johow XIV, 33).

c. **Übertragbarkeit.** Daß die Übertragung des Anteilrechts, nicht der Aktie, das Wesentliche ist, heben richtig §. 212 Abs. 1 und §. 219 Abs. 2 im Gegensatz zu der ungenauen Fassung des §. 180 Abs. 3 und des §. 222 Abs. 2, 4 hervor.

1. Regel: freie Übertragbarkeit. Das Anteilrecht des Gesellschafters ist bei der A.G. (zum Unterschied von der o.H.G. und der K.G., §. 105 Anm. I f 3) als Regel einseitig übertragbar (§. 222 Abs. 2.). Über die Wirkung einer Übertragung vor Eintragung der A.G. bestimmt §. 200 Abs. 2.

2. Ausnahme: beschränkte Übertragbarkeit. Zulässig ist es (§. 222 Abs. 2), wenn ein Namenpapier (oder keine Urkunde) ausgestellt wird, in der Satzung (§. 182 Anm. I) zu bestimmen, daß die Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung (B.G. §. 182; Änderung der Reichstagskommission statt „Einwilligung") der Gesellschaft geknüpft sein soll (§. 180 Abs. 3). Dies wiederum kann in der Satzung dahin eingeschränkt werden, daß die Gesellschaft nur aus wichtigen Gründen die Zustimmung zur Übertragung des Anteilrechts verweigern darf (§. 212 Abs. 3, der nicht nur auf den Sonderfall des §. 212 Abs. 1 zu beschränken ist; dagegen Gareis, Handelsrecht S. 279 Anm. 3, Cosack §. 117 II 2a). Eine Satzungsänderung, wodurch die Übertragbarkeit in höherem Maße als vorher beschränkt wird, kann nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionäre beschlossen werden (B.G. §. 35), da die Übertragbarkeit des Anteilrechts in dem bei Erwerb desselben vorhandenen Maße ein Sonderrecht des Aktionärs ist. — Der Art. 215 Abs. 7 A.D.H. schrieb vor: „Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, Inhalts deren die Übertragung von Aktien, welche in Gemäßheit des Art. 207a Abs. 3 auf einen geringeren Betrag als 1000 Mk. gestellt sind, an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist, kann nicht abgeändert werden." Diese Bestimmung ist im H.G.B. weggefallen; nach Denkschr. 154 „als selbstverständlich." Die Bestimmung in dieser Allgemeinheit ist indessen keineswegs selbstverständlich; vielmehr ist eine diesbezügliche Änderung der Satzung nunmehr für zulässig zu erachten, falls auch die übrigen Bestimmungen der Satzung derartige sind oder dahin geändert werden, daß sie ohne Bindung der Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung der Gesellschaft zulässig bleiben. Über die im Verhältnis des Übertragers zum Erwerber eintretende Wirkung einer Übertragung des in seiner Übertragbarkeit beschränkten Anteilrechts ohne hinzukommende Zustimmung der Gesellschaft vgl. §. 222 Anm. V a. Das R.G. XXXVII, 141 nahm nach bisherigem Recht an, daß, falls die Veräußerung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, dennoch eine Verpfändung auch ohne jene Zustimmung möglich sei (dagegen Staub Art. 207a §. 5; vgl. jetzt auch B.G. §§. 38, 137, von denen wohl der erstere entsprechend anwendbar ist, B.G. §. 1274 Abs. 2). — Abgesehen von der im §. 222 Abs. 4 enthaltenen Bestimmung für Kleinaktien entscheidet die Satzung in erster Reihe (B.G. §. 25) darüber, durch welche Gesellschaftsbehörde die Zustimmung er-

teilt wird, und ob, falls der Vorstand oder Aufsichtsrat hierzu berufen ist, dessen Bescheid ein endgiltiger ist, oder Berufung an die Generalversammlung stattfindet (Denkschr. 132). Mangels einer Satzungsbestimmung wird anzunehmen sein, daß nach außen der Vorstand namens der Gesellschaft die Zustimmung zu erteilen hat (§. 231 Abs. 1; ebenso Staub Art. 182 §. 2 gegen Behrend §. 119 Anm. 10), daß jedoch im inneren Verhältnis der Vorstand einer etwa abweichenden Weisung der Generalversammlung Folge zu leisten hat (B.G. §. 32). Besondere Bestimmungen für derartig beschränkt übertragbare Anteilrechte enthalten §. 180 Abs. 3 (Mindestbetrag der Grundkapitalanteile), §. 212 Abs. 1 (wiederkehrende Leistungen des Aktionärs), §. 219 Abs. 2 (Verlustigkeitserklärung), §. 222 Abs. 3 (Form der Übertragung, wenn Grundkapitalanteil unter 1000 Mk). — Auch weitergehende Beschränkungen der Übertragbarkeit sind wirksam, falls sie in der Satzung enthalten sind (Staub Art. 182 §. 2).

d. **Verschiedene Gattungen** vgl. §. 185 Anm. I.

III. **Grundkapitalanteil.**

a. **Begriff.** Der Grundkapitalanteil ist ein fester Bruchteil des Grundkapitals (§. 178 Anm. IIa). Auch der Grundkapitalanteil wird im Gesetz als „Aktie“ bezeichnet (§. 178 Anm. IIb, §. 179 Anm. I); jedoch auch als „Anteil“ (§. 196 Abs. 4 Satz 1). Nicht der Betrag des Grundkapitalanteils, sondern nur der Betrag der auf den Ausgabebetrag geleisteten Einlage entspricht dem Guthaben auf Kapitalkonto (= Kapitalanteil) des offenen Handelsgesellschafters (§. 120 Anm. II; ungenau daher die Fassung des §. 329 Abs. 1); in manchen Beziehungen richtet sich jedoch der Umfang der Mitberechtigung des Aktionärs bei Ausübung seines Anteilrechts auch schon vor erfolgter Vollzahlung nach dem vollen (Nenn-) Betrage des Grundkapitalanteils (vgl. §. 214 Abs. 2, 252 Abs. 1, 300 Abs. 3).

b. **Unteilbarkeit.** (§. 179 Abs. 1). Die Regel der Unteilbarkeit ist wohl beschränkend dahin auszulegen, daß sie nur im Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft gelten soll (vgl. allerdings Ges. betr. G. m. b. H. §. 17). Ein Aktionär kann hiernach seinen Grundkapitalanteil teilen und im inneren Verhältnis mehrere Personen daran beteiligen; nur im Verhältnis zur Gesellschaft bleibt dies ohne Wirkung; es tritt dann ein ähnliches Rechtsverhältnis ein wie bei einer Abtretung einseitig nicht übertragbarer Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis seitens des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (§. 105 Anm. If 2). Aber auch im Verhältnis der Gesellschaft zum Aktionär sind die Grundkapitalanteile nicht unbedingt unteilbar. Vielmehr ist eine willkürliche weitere Teilung zulässig im Wege der Satzungsänderung (§. 182 Abs. 2 Ziff. 3, §. 274 ff.; P. 309, 1034; ebenso Ring Art. 207 Anm. 3), wenn die geteilten Grundkapitalanteile den für Grundkapitalanteile („Aktien“) gegebenen Vorschriften noch genügen. Der §. 225 ferner setzt voraus die Zulässigkeit einer „Mitberechtigung mehrerer an einer Aktie“, was wohl im Sinne jenes Paragraphen auf den Fall zu beschränken ist, daß die Mitberechtigung in nichtwillkürlicher Weise, z. B. durch Erbgang, entstanden ist (§. 225 Anm. I).

IV. **Aktienurkunde.**

a. **Begriff.** Die Aktie ist die über das Anteilrecht (oben Anm II) ausgestellte endgiltige Urkunde, im Gegensatz zu dem Interimsschein, der über das Anteilrecht ausgestellten vorläufigen Urkunde. Beide Arten von Urkunden kann man unter der Bezeichnung „Mitgliedschein“ zusammenfassen. Oder auch unter dem in §. 179 Abs. 3 gebrauchten Wort „Anteilschein“ = „das Anteilrecht (Mitgliedrecht) verbriefender Schein“; das Wort „Anteilschein“ empfiehlt sich indessen

weniger, weil eine Verwechselung mit dem „Gewinnanteilschein“ nahe liegt, der kein „Anteilschein“ in jenem Sinne ist. Eine Aktie liegt nur vor, wenn in der Urkunde das Anteilrecht eines Gesellschafters einer A.G. (Aktionärs) verbrieft ist. Keine Aktien sind daher Genußscheine, in welchen z. B. ein Recht auf Teilnahme am Gewinn und bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung ohne Teilnahme an etwaigem Kapitalsverlust und ohne Stimmrecht verbrieft ist (R.G. XXX, 17, R.G. v. 20. April 1893 J.W. 310; dahingestellt, wenn auch Stimmrecht gewährt, R.G. XXX, 18). Ebensowenig Genußscheine, welche an die bisherigen Berechtigten eingezogener Anteilrechte ausgegeben sind, auf Grund deren daher keine Kapitalsforderung mehr erhoben werden kann (R.G. XXX, 18, Staub Art. 215d §. 10a, O.L.G. Dresden v. 25. Mai 1897 bei Holdheim Zschr. 1897 S. 279); auch nicht Urkunden über den mit der Urkunde verbundenen Anspruch gegenüber der A.G. auf einmaligen Bezug eines noch auszumittelnden Geldbetrages (R.G. XXXVII, 122). Über Gewinnanteilscheine vgl. §. 213 Anm. IIc, über Verbriefung von Nachbezugsrechten vgl. §. 185 Anm. IIa, über Erneuerungsscheine vgl. §. 230 Anm. I.

b. **Die Aktie ein Wertpapier.** Vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1e. Das B.G. und das H.G.B. enthalten keine Begriffsbestimmung von „Wertpapier“. Nach Denkschr. 10 soll die Aktie als Wertpapier im Sinne des H.G.B. gelten. Auch die Rechtsprechung des R.O.H. und R.G. hält daran fest, die Aktie sei nicht eine bloße Beweisurkunde oder Urkunde über Mitgliedschaftsrechte, sondern ein Wertpapier, Trägerin des Aktienrechts (R.O.H. XIX, 233, R.G. XXII, 129, XXXI, 31, XXXVII, 115, vergl. Gareis S. 775, in dem Sinne, wie dies von Urkunden über Nichtlitteralobligationen überhaupt gesagt werden könne (R.G. XXXVI, 39); das Anteilrecht sei in Betreff seiner Ausübbarkeit und Übertragbarkeit an die Aktie gebunden und in ihr verkörpert (R.O.H. XIX, 232, R.G. XV, 101, XXI, 157, XXXVI, 159; vgl. jedoch oben Anm. IIb). So selbst bei der Namenaktie, deren Übertragung an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden ist (R.G. XXXVI, 39). Diese Aussprüche sind jedoch nur bei Anwendung auf Inhaberaktien für in vollem Maße zutreffend anzuerkennen, weil mit sachenrechtlicher Übertragung der Inhaberaktie auch das durch sie verbriefte Anteilrecht übergeht. Gerade in diesem entscheidenden Punkte gilt aber für die Namenaktie nach richtiger Ansicht wohl das Umgekehrte: die Namenaktie ist demjenigen herauszugeben, welchem das durch sie verbriefte Anteilrecht (auch ohne Übergabe der Aktie) abgetreten worden ist (§. 222 Anm. IVa). Ist letzteres zutreffend und soll trotzdem die Namenaktie ein „Wertpapier“ sein, so entfällt aber überhaupt die Möglichkeit, den Begriff der Wertpapiere in anderer Weise als unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung zu bestimmen. Auch in der Denkschrift zum H.G.B. ist kein bestimmter Begriff der Wertpapiere festgehalten, denn nach Denkschr. 10 sind z. B. auch Checks Wertpapiere, in Denkschr. 227 wird die für „Wertpapiere“ gegebene Vorschrift des §. 381 H.G.B. als anwendbar auf diejenigen Papiere erklärt „bei denen der Erwerb des Rechtes aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papiere folgt“, und dies ist doch z. B. bei Checks (und auch bei Namenaktien, §. 222 Anm. IVa) nicht der Fall. Die Denkschr. 138 endlich setzt wieder einen anderen Begriff von „Wertpapiere“ voraus, indem es dort heißt: „ . . . nicht bloß für Inhaberaktien, sondern auch für Namensaktien, einschließlich derjenigen, welche nicht durch Indossament übertragen werden können; denn auch die letzteren Urkunden sind Wertpapiere, deren Besitz zur ungehinderten Geltendmachung des Aktienrechts notwendig ist.“ (Die in den letzteren Worten liegende Begriffsbestimmung paßt auch auf jede Abtretungsurkunde, B.G. §. 410).

— Über die Bestrafung der Fälschung von Aktien, Interimsscheinen, Zins-, Gewinnanteils- oder Erneuerungsscheinen, des Inverkehrbringens derartiger gefälschter oder verfälschter Urkunden und über die Bestrafung gewisser vorbereitender Handlungen vgl. St.G.B. §§. 149, 151.

c. **Inhaberaktien und Namenaktien.** Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, ob Namenaktien oder Inhaberaktien ausgegeben werden sollen. Ist dort nichts bestimmt, so sind die Aktien als Namenaktien auszustellen (§. 183 Abs. 1). Auch kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß auf Verlangen eines Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat (§. 183 Abs. 2). Der Unterschied wirkt in erster Reihe nur auf die Art, wie gegenüber der Gesellschaft die Berechtigung zur Ausübung des Anteilrechts nachzuweisen ist, in zweiter Reihe (vgl. §§. 222, 223) auf die Art der Übertragung dieses Anteilsrechts. Das H.G.B., welches die Namenaktien bevorzugt, knüpft aber an jenen Unterschied noch die weiteren Unterscheidungen, daß bei Namenaktien die Ausgabe vor Vollzahlung zulässig ist (§. 179 Abs. 3), und daß unter gewissen Bedingungen Namenaktien unter 1000 Mk. ausgegeben werden dürfen (§. 180 Abs. 1, 2), während bei Inhaberaktien beides nicht geschehen darf. — Über die Übertragung und die Führung des Berechtigungsnachweises bei Inhaberaktien vgl. §. 222 Anm. I. Ein Inhaberpapier wird nicht schon dadurch zum Namenpapier, daß es in einem Buche des Schuldners für einen benannten Gläubiger eingeschrieben und dieser Vorgang vom Schuldner auf der Urkunde bezeugt wird (R.G. XL, 134; vgl. jedoch auch B.G. §. 806).

d. **Eine Aktie über mehrere Anteilrechte.** Soweit nicht Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen, kann die Urkunde, welche Anteilrechte verbrieft, in beliebiger Weise ausgestellt werden. Deshalb ist es auch für zulässig zu erachten (dagegen Staub; vgl. auch R.O.H. XIX, 232), daß über mehrere Anteilrechte eine Aktie ausgestellt wird. So ist ein certificate of shares, welches mehrere Anteilrechte verbrieft, eine Aktie (R.G. XXXVI, 159, XXXVII, 115). Ebenso ist auch die Ausstellung eines Interimsscheins über mehrere Anteilrechte zulässig (R.G. XXII, 118).

V. **Interimsschein.** Ein Interimsschein ist, ebenso wie eine Aktie (Anm. IVa), eine Urkunde, welche das Anteilrecht eines Aktionärs verbrieft (R.G. XXII, 119, XXX, 18; vgl. XXXIII, 16). In der Regel verbrieft der Interimsschein auch ein unbedingtes Recht auf Aushändigung der Aktie gegen Einzahlung der Einlage oder eines bestimmten Einlagebruchteils (R.G. XXX, 18); ein solches Recht ist jedoch nur Teil des Anteilrechts, und nicht wesentlich wenn ausnahmsweise das betreffende Anteilrecht keinen Anspruch auf Aushändigung von Aktienurkunden giebt. Wer Aushändigung von Aktienurkunden fordern kann, braucht sich nicht mit Aushändigung von Interimsscheinen zu begnügen (oben Anm. IIa). Urkunden, durch welche der Bezug von Aktien zugesichert wird, ohne daß der Inhaber als Mitglied der Gesellschaft gelten soll, sind keine Interimsscheine (Denkschr. 120). Kein Interimsschein liegt vor, wenn die Urkunde — gleichgiltig, ob sie sich als Interimsschein bezeichnet oder nicht — einen anderen Inhalt hat. Nicht jede Urkunde ist ein Interimsschein, welche bei einem bedingten oder betagten oder aus irgend einem anderen Grunde nicht sofort zu verwirklichenden Aktienbezugsrechte desjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, als Nachweis des vollständigen oder teilweisen Eintrittes einer der Voraussetzungen jenes Bezugsrechtes zu dienen bestimmt ist; insbesondere nicht die (vor oder nach Gesellschaftserrichtung ausgestellte) Quittung über Leistung der Einlage (R.G. XXII, 118, K.B. 2), selbst wenn mit der Quittung die Mitteilung verbunden ist, der Adressat sei im Aktienbuch als Zeichner und Inhaber bestimmter, nach den

Nummern benannter Aktien eingetragen (R.G. XXXI, 31). Interimsscheine sind jedoch die im Verkehr üblichen „Quittungsbogen", in denen nicht nur über die Zahlung quittiert, sondern gleichzeitig auch das Anteilrecht verbrieft wird (Staub Art. 207 §. 5, Ring Anm. 7). Von der Aktie unterscheidet sich der Interimsschein dadurch, daß letzterer die einstweilig, erstere die endgiltig ausgestellte Urkunde ist. Beide Urkunden verbriefen dasselbe Anteilrecht (Anm. IIb). Der Interimsschein ist ein Wertpapier wie die Aktie (R.G. XXXI, 31, XXXVI, 38; oben Anm. IVb). Ein Interimsschein kann über mehrere Anteilrechte lauten (R.G. XXII, 118; oben Anm. IVd). Der Interimsschein darf nicht auf Inhaber, sondern muß auf Namen lauten (§. 179 Abs. 3 Satz 2); Interimsscheine auf Inhaber sind nichtig (§. 209 Abs. 2).

VI. **Ausgabe von Aktien vor Vollzahlung.** Der Aktionär hat die vereinbarte Einlage (§ 211) zu leisten. Nach bisherigem Recht (Art. 215c Abs. 3 A.D.H.) war die Ausgabe von Aktien vor Vollzahlung (= voller Leistung der Einlage) allgemein untersagt. Dies ist jetzt dahin geändert (§. 179 Abs. 3, 4), daß nur die Ausgabe von Inhaberaktien vor Vollzahlung untersagt, dagegen die Ausgabe von Namenaktien vor Vollzahlung gestattet ist wenn in der Aktie der Betrag der geleisteten Einzahlungen (d. h. der auf die Einlage des betreffenden Aktionärs geleisteten Einzahlung) angegeben wird. Aktien, welche unter Verletzung dieser Vorschriften ausgegeben werden, sind nicht nichtig (M. 221, R.G. XL, 148); die wissentliche Übertretung des Verbots ist aber mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 2). [Abweichend bei Ausgabe von Aktien vor Eintragung der Gesellschaft oder eines Erhöhungsbeschlusses (§§. 200 Abs. 2, 209 Abs. 2, 287 Abs. 1)]. — Der §. 179 Abs. 4 trifft nach seiner Fassung unmittelbar nur den Fall, daß die Aktien gegen Bareinlage (§. 195 Anm. III) ausgegeben werden (§. 218 Anm. I), soll aber wohl nicht ausschließen, daß auch für eine Nichtbareinlage (§. 186 Anm. IIa) Aktien vor Volleistung ausgegeben werden, ist aber dann auf letzteren Fall entsprechend anwendbar. — Über die Berechnung der Stempelsteuer bei nicht vollgezahlten Aktien R.G. XXXIX, 103.

Mindestnennbetrag.

§. 180.

Die Aktien müssen auf einen Betrag von mindestens eintausend Mark gestellt werden.

Für ein gemeinnütziges Unternehmen kann im Falle eines besonderen örtlichen Bedürfnisses der Bundesrath die Ausgabe von Aktien, die auf Namen lauten, zu einem geringeren, jedoch mindestens zweihundert Mark erreichenden Betrage zulassen. Die gleiche Genehmigung kann ertheilt werden, wenn für ein Unternehmen das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband oder eine sonstige öffentliche Körperschaft auf die Aktien einen bestimmten Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat.

Auf Namen lautende Aktien, deren Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, dürfen auf einen Betrag von weniger als eintausend, jedoch nicht von weniger als zweihundert Mark gestellt werden.

Im Falle des Abs. 2 soll die ertheilte Genehmigung, im Falle des Abs. 3 sollen die Beschränkungen, denen nach §. 222 Abs. 4 die Aktionäre in Ansehung der Uebertragung ihrer Rechte unterliegen, in den Aktien ersichtlich gemacht werden.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

A.D.H. Art. 207a, 215c Abs. 4. **Entw. I** §. 167. **Entw. II** §. 178.

§. 180.

I. **Regel.** Das Grundkapital (§. 178 Abs. 2) darf nur so weit zerlegt werden, daß jeder Anteil (§. 179 Anm. III) mindestens 1000 Mk. beträgt (vgl. K.B. 5). Entsprechend (diese Folgerung ist in §. 180 Abs. 1 ausgesprochen) muß die Aktie (oder der Interimsschein, §. 180 Abs. 5) auf einen Nennbetrag von mindestens 1000 Mk. lauten. Dieser hohe Mindestnennbetrag (vgl. Denkschr. 120) ist erst durch Ges. v. 1884 eingeführt; im Hinblick auf den Wettbewerb mit ausländischen nicht derartig beschränkten Gesellschaften im Auslande ist seine Zweckmäßigkeit zweifelhaft. Nicht vorgeschrieben ist, daß das Grundkapital nur in gleiche Teile zerlegt werden dürfe; infolgedessen kann auch der Nennbetrag der einzelnen Aktien ein verschiedener sein. — Der Nennbetrag der Aktie ist gleichbedeutend mit dem von dem betreffenden Aktionär übernommenen Grundkapitalanteil. Da das Grundkapital nicht mit dem wirklich eingelegten Kapital übereinzustimmen braucht, so braucht auch der Nennbetrag der einzelnen Aktie nicht mit der wirklichen Einlage des betreffenden Aktionärs übereinzustimmen; der Nennbetrag soll nicht höher sein als die Einlage (§§. 184 Abs. 1, 186, 191), er darf jedoch geringer sein (§§. 184 Abs. 2, 211). — Die wissentliche Ausgabe von Kleinaktien oder -interimsscheinen (d. h. solchen unter 1000 Mk.) in anderen als den nachstehenden Ausnahmefällen ist mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 4).

II. **Ausnahmen.**

a. **Beschluß des Bundesrats.** Der Bundesrat kann die Zerlegung des Grundkapitals in Teile bis 200 Mk. hinab unter der Bedingung der Ausgabe von Namenaktien in zwei Fällen gestatten:

1. Für ein gemeinnütziges Unternehmen bei besonderem örtlichen Bedürfnis. Als gemeinnütziges Unternehmen gilt ein solches, welches weiten Bevölkerungskreisen zu Gute kommt, z. B. die Anlegung von Kleinbahnen, Kanälen, Straßen und sonstigen Verkehrswegen, Herstellung von Gas-, Wasser-, Bade-, Waschanstalten (M. 66), nicht z. B. ein Kriegerverein, ein Kasino (K.B. 57). Auch Kornhäuser wurden als Beispiel genannt (Sten.Ber. 83). Ein „örtliches Bedürfnis" liegt nicht nur dann vor, wenn sich das Bedürfnis auf einen einzigen Ort oder Gemeindebezirk beschränkt (M. 67), sondern auch wenn es innerhalb eines größeren, wenn nur räumlich beschränkten Umkreises vorliegt (Sten.Ber. 83). Über nachträgliche Änderung des Gegenstandes des Unternehmens §. 275 Abs. 2, §. 277 Abs. 3 und Rudorff H.G.B. zu §. 180.
2. Für ein Unternehmen, auf dessen Grundkapitalanteile das Reich, ein (deutscher) Bundesstaat, ein (deutscher) Kommunalverband oder eine sonstige (deutsche) öffentliche Körperschaft einen bestimmten Betrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat. Der Bundesrat hat hier namentlich auch zu prüfen, ob die gewährleistende Körperschaft in sich eine genügende Gewähr für die Erfüllung des Versprechens bietet, und die Kapitalsanlage gesichert erscheint (M. 67). Unerheblich ist, ob übernommen ist, etwaige Zahlungen auf Grund der Gewährleistung unmittelbar an die Aktionäre, oder — wie in der Regel — an die Gesellschaft für die Aktionäre zu leisten (§. 215 Anm. IV). Welche Körperschaften als „öffentliche" anzusehen, ist nach Landesrecht zu entscheiden (K.B. 5). ¡Eine Gewährleistung „ohne Zeitbeschränkung" liegt wohl auch in einer Gewährleistung für die in der Satzung als Dauer der Gesellschaft bestimmte Zeit (Rudorff, H.G.B. zu §. 180); diese Satzungsbestimmung kann allerdings geändert werden; ebenso aber auch der gemeinnützige Gegenstand im Falle des §. 180 Abs. 2 Satz 1; die Eintragung einer solchen Änderung ohne gleichzeitige Verlängerung der Ge-

nehmigung oder Erhöhung des Nennwerts der Grundkapitalanteile bis auf 1000 Mk. wäre dann vom Registergericht abzulehnen (§. 195 Anm. Ig).

Der Bundesrat ist zur Zulassung nur berechtigt, nicht unbedingt verpflichtet („kann"; M. 67; vgl. jedoch §. 140 Anm. IIb); er hat die Genehmigung insbesondere dann zu versagen, wenn trotz Vorliegens der Voraussetzungen des §. 180 Abs. 2 die allgemeinen wirtschaftlichen Interessen, welche überhaupt zur Festsetzung eines so hohen Mindestnennbetrages geführt haben, durch die bewilligte Ausnahme verletzt werden würden (M. 67). Wird die Genehmigung erteilt, so soll sie in den Aktien und Interimsscheinen ersichtlich gemacht werden (§. 180 Abs. 4, 5); die wissentliche Unterlassung ist mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 5), macht jedoch die Urkunden nicht nichtig („soll"). Bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ist die Genehmigungsurkunde vorzulegen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 6). Über die Frage, inwieweit der Registerrichter nachzuprüfen hat, ob die Bedingungen, unter welchen eine Genehmigung zulässig ist, vorliegen, vgl. §. 195 Anm. If 13.

b. **Bindung der Übertragung des Anteilrechts an die Zustimmung der Gesellschaft** (§. 179 Anm. IIc 2), wenn die Ausgabe von Interimsscheinen oder Namenaktien stattfinden soll. In den ausgegebenen Urkunden soll die Beschränkung (§. 222 Abs. 4) ersichtlich gemacht werden, daß für die Übertragung derartiger Kleinaktien oder -interimsscheine die Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung erforderlich sei und die Übertragung nur mittels einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen könne. Die wissentliche Unterlassung des Ersichtlichmachens ist mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 5), macht jedoch die Urkunde nicht nichtig („soll").

c. **Ältere Gesellschaften.** Vgl. Einf.-Ges. z. H.G.B. Art. 24.

§. 181.

Unterzeichnung der Mitgliedscheine.

Zur Unterzeichnung von Aktien und Interimsscheinen genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 179.

§. 181.

Der §. 181 wiederholt in umgekehrter Reihenfolge der beiden Sätze die für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebene Bestimmung des §. 793 Abs. 2 B.G. Er gilt für jede Art von Aktien und Interimsscheinen. Durch die Umkehrung in der Reihenfolge der beiden Sätze wird klargestellt, daß durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung auch vorgeschrieben werden kann, daß die Namensunterschrift in anderer Weise als durch mechanische Vervielfältigung herzustellen ist.

§. 182.

Satzung.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. In der Verhandlung ist der Betrag und, wenn verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, die Gattung der von Jedem übernommenen Aktien anzugeben.

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Bekanntmachungen, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, sind in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken. Andere Blätter außer diesem bestimmt der Gesellschaftsvertrag.

A.D.H. Art 209. **Entw. I** §. 168. **Entw. II** §. 180.

§. 182.

I. **Gesellschaftsvertrag.** Unter diesem Wort ist die Satzung der A.G. begriffen (Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3), und zwar die Satzung sowohl in ihrer ursprünglichen wie auch in später geänderter Form (§. 109 Anm. II; vgl. auch §. 227). Nicht alle späteren Gesellschafter müssen bei der ursprünglichen Feststellung beteiligt sein (§§. 182 Abs. 1, 188 Abs. 2, 189 Abs. 1, 196 Abs. 5; vgl. jedoch auch §. 189 Abs. 3 Ziff. 1), und auch für spätere Abänderungen ist in der Regel nicht die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§. 274; vgl. §. 276). — Die Satzung einer A.G., auch wenn sie von der Landesregierung genehmigt und durch die Gesetzsammlung bekannt gemacht ist (was wegen des besonderen Gegenstandes des Unternehmens noch jetzt vorkommen kann), hat nicht die Eigenschaft eines Gesetzes (R.O.H. IV, 58, VII, 270, VIII, 123); diese Bekanntmachung begründet daher auch nicht die für verkündete Gesetze bestehende Vermutung der allgemeinen Kenntnis derselben (R.O.H. X, 327, XV 57).

II. **Übernahme von Grundkapitalanteilen.** Unter „Übernahme" ist im Folgenden eine Übernahme in **beliebiger Form** verstanden, unter Einschluß sowohl der Form gemeinsamer Verhandlung der Gründer wie der Form einer Zeichnung und der in §. 202 erwähnten formlosen Übernahme. Im Sprachgebrauch des **Gesetzes** wird dagegen „übernehmen" und „zeichnen" von einander **unterschieden** (§. 188 Anm. IIIa). Vgl. Lehmann, Recht der A.Gen. I, 344.

a. **Bestandteile der Übernahmeerklärung.** Die Übernahmeerklärung vor Gesellschaftserrichtung besteht aus zwei auseinanderzuhaltenden Bestandteilen (R.G. XXVIII, 76), aus einer Erklärung gegenüber einzelnen Personen (unten Anm. II a 1) und aus einer Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft (unten Anm. II a 2). Dies gilt von jeder Art einer Erklärung der Übernahme von Grundkapital vor Gesellschaftserrichtung, sowohl von der Übernahmeerklärung eines Gründers (bei Gleichgründung und bei Stufengründung), wie von der in der Zeichnung (§. 189 Anm. II) liegenden Übernahmeerklärung; sowohl von der Übernahmeerklärung des Bareinlegers, wie von derjenigen des Nichtbareinlegers. Bei der Übernahmeerklärung nach Errichtung der Gesellschaft sind gleichfalls entsprechende zwei Bestandteile vorhanden; nur ist hier die Scheidung nicht so auffällig, weil beide Erklärungsteile sich an die Gesellschaft richten. — Unter Umständen kann eine genügende Übernahmeerklärung in einer nur in Form eines Anerkenntnisses gefaßten Erklärung gefunden werden (R.O.H. XIX, 238).

1. **Erklärung gegenüber einzelnen Personen.** Soweit in der Übernahmeerklärung eine Erklärung gegenüber einzelnen Personen (Gründer, Mitgründer, Aufforderer zur Zeichnung u. s. w.) liegt, bindet sich der Erklärende gegenüber diesen Personen, eine unmittelbare Bindung gegenüber der künftigen Gesellschaft einzugehen. Die Erklärung kann je nach den Umständen, unter denen sie abgegeben wird, eine verschiedene rechtliche Bedeutung haben. Sie kann vorkommen als Bestandteil eines Vorvertrages (mit späteren Gründern oder Nichtgründern) über Vereinserrichtung. So z. B., wenn sie noch vor Feststellung der Satzung (unten Anm. III) abgegeben wird. So in der Regel auch bei Abgabe der Erklärung in einer Übernahmeverhandlung (§. 182 Abs. 1 Satz 2, §. 188 Abs. 2), in welcher nicht sofort alle Grundkapitalanteile übernommen werden, sowohl bei Gleichgründung (§. 188 Abs. 2) wie bei Stufengründung (§. 189). Wird die Übernahmeerklärung in einer Gleichgründungsverhandlung bei sofortiger Übernahme aller Grundkapitalanteile (§. 188 Abs. 1) abgegeben, so wird sie in der Regel aufzufassen sein als Bestandteil eines zwischen allen Gründern abgeschlossenen Vertrages über (gleichzeitig mit diesem Vertrage und durch die darin abgegebenen Erklärungen erfolgende) Vereinserrichtung. Beide Gestaltungen, ein Vorvertrag und ein Errichtungsvertrag können vorkommen bei vertraglichen Abmachungen mit Nichtbareinlegern (§. 186 Anm. IIc). Endlich kann in der Übernahmeerklärung auch ein bloßes Angebot für einen Vereinserrichtungsvertrag liegen. So bei der Übernahmeerklärung des Zeichners (§. 189 Anm. II). — Ob im Verhältnis des Übernehmers zu den einzelnen Personen es einem von beiden nach Treu und Glauben freisteht, demnächst der Errichtung der Gesellschaft entgegenzuwirken (vgl. B.G. §. 162, Rudorff H.G.B. zu §. 189 Abs. 1), hängt von dem näheren Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses ab. Für Zeichner z. B. ist es im Zweifel keine Verletzung von Treu und Glauben, wenn sie in der begründenden Generalversammlung gegen die Errichtung stimmen. Ein Vorvertrag, durch welchen jemand die Verpflichtung übernimmt, sich unter Nichtbareinlegung gegen Gewährung von Aktien in bestimmten Nennbeträgen bei einer zu gründenden Gesellschaft zu beteiligen, ist mangels genauerer Bestimmung der Höhe des Grundkapitals und sonstiger Gesellschaftseinrichtungen unverbindlich wegen Unbestimmtheit (R.G. XLI, 284).

2. **Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft.** Der Übernehmer erklärt, der zu errichtenden Gesellschaft, unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Errichtung und mit dem Zeitpunkt der Errichtung, als Mitglied unter Übernahme eines bestimmten Grundkapitalanteils und Bewirkung einer entsprechenden Einlage beitreten zu wollen. Diese Erklärung ist als eine einseitige aufzufassen (ebenso Lehmann, Recht der A.Gen. I, 348). Sie ähnelt einem Vertragsangebot, ist aber nicht ein solches. Denn durch die Errichtungshandlung wird nicht ein Vertrag zwischen der Gesellschaft einerseits und jedem Mitgliede andererseits geschlossen (§. 188 Anm. I), die Errichtungshandlung hat nicht die Bedeutung einer Annahmeerklärung der Gesellschaft gegenüber den Übernahmeangeboten der Übernehmer. Vielmehr ist die Errichtungshandlung nur die äußere Thatsache, welche in die Übernahmeerklärungen als aufschiebende Bedingung aufgenommen war, und durch deren Eintreten jene Übernahmeerklärungen zu nunmehr unbedingt und unbefristet bindenden werden (§. 186 Anm. IIc). Allerdings entstehen auch für die Gesellschaft mit ihrer Errichtung Pflichten gegenüber dem Mitglied, und hiermit erhält das Verhältnis den äußeren Anschein eines gegenseitigen Ver-

trages. Indessen beruhen die nunmehr entstandenen Pflichten der Gesellschaft in Wahrheit nicht auf einem Vertrage mit dem einzelnen Mitglied, vielmehr gleichfalls auf einer nur einseitigen Bindung der Gesellschaft, auf ihrer Bindung durch die festgestellte Satzung. — Anders bei dem Vorliegen eines Vertrages betreffs Gewährung besonderer Vorteile (§. 186 Anm. Ib), Übernahme von Vermögensgegenständen (§. 186 Anm. IIIb), Gewährung von Gründungsaufwand (§. 186 Anm. V); in diesen Fällen tritt die Gesellschaft in ein wirkliches Vertragsverhältnis.

b. **Übernahme von Grundkapitalanteilen für fremde Rechnung.** Übernehmer ist (und mit Errichtung wird anteilberechtigt) wer in eigenem Namen übernimmt, unerheblich, ob für eigene oder fremde Rechnung (R.G. XXVIII, 76). Unerheblich ist, ob von Anfang an die Absicht besteht, daß der Übernehmer die Anteilrechte sofort weiterübertragen soll, und ob er gegenüber demjenigen, für dessen Rechnung er erwirbt, zu einer solchen Weiterübertragung verpflichtet ist (R.G. XLI, 13). Der Übernehmer für fremde Rechnung wird wohl auch als „Strohmann" bezeichnet. Keine strafbare unrichtige Darstellung liegt in der Bezeichnung des Übernehmers für fremde Rechnung als „Übernehmer" (R.G. in Strff. XXX, 312). Zu unterscheiden von dem Fall der Übernahme in eigenem Namen für fremde Rechnung ist der Fall der Scheinübernahme. In dem letzteren Fall erfolgt eine Übernahme unter der mit einzelnen oder allen Miterrichtern getroffenen Vereinbarung, daß der die Übernahmeerklärung Abgebende gar nicht Übernehmer sein solle, mag nun gleichzeitig verabredet sein, daß eine andere Person, die keine Übernahmeerklärung abgiebt, wahrer Übernehmer sein solle, oder nicht. Über den Fall der Scheinübernahme vgl. unten Anm. IIc.

c. **Willensmängel der Übernahmeerklärung.**

1. **Bisherige Rechtsprechung.** Das R.G. IX, 38 bemerkt: „Der Satz von der Geltung des wahren Willens entgegen der Erklärung erscheint jedenfalls auf dem Gebiete solcher Erklärungen, welche dazu bestimmt sind, über den Kreis derjenigen, welchen zunächst erklärt wird, hinaus Dritten das Vorhandensein des erklärten Verhältnisses kundzugeben und mit dieser Kundgebung auf ihre Entschließung zu wirken, wie Ermächtigungs- und zur öffentlichen Kenntnis bestimmte Beteiligungserklärungen, in Beziehung auf die Dritten nur in äußerst beschränkten Grenzen anwendbar.... In noch höherem Maße muß die ausschließliche Maßgeblichkeit der Erklärung gelten, wenn es sich um eine Beteiligungserklärung handelt, welche der Behörde abgegeben wird und an deren Prüfung durch die Behörde das Gesetz im rechtspolizeilichen Interesse bestimmte, das öffentliche Interesse berührende und nicht wieder zurückzunehmende Wirkungen knüpft.... Gewiß wird es auch für diese, aus der normativen Natur der betreffenden Vorschriften sich ergebende Geltung des objektiven Erklärungsinhaltes entgegen dem wirklich erweislichen Willen gewisse Schranken geben. Wer infolge betrüglicher Unterschiebung eines ganz anderen Schriftstückes einen Zeichnungsschein unterzeichnet hat, während er ein Schriftstück ganz anderen Karakters zu unterzeichnen wähnte, wird nicht ohne weiteres deshalb, weil dieser Zeichnungsschein zur Errichtung der Gesellschaft verwendet worden, aus demselben haftbar sein." Hiernach wäre Anfechtbarkeit nicht vorhanden bei Betrug bezüglich der Tragweite des gewollten Inhalts der Willenserklärung (B.G. § 119 Abs. 1 erster Fall und Abs. 2), sondern nur bei Betrug über das Wesen der betreffenden Willenserklärung (B.G. § 119 Abs. 1 zweiter Fall). Die angeführten rechtspolizeilichen Gründe bestehen aber im letzteren Fall genau so wie im ersteren (und würden auch bei Abgabe der Erklärung durch einen Geschäfts-

unfähigen bestehen), rechtfertigen daher nicht jene Unterscheidung. Vgl. auch M. 105, wo ohne Beschränkung gesagt wird: „Nachträgliche Anfechtungen der Zeichner müssen gegenüber der ins Leben getretenen Gesellschaft versagt werden." Ähnlich R.G. II, 132. Für unerheblich im Verhältnis des Grundkapitalübernehmers zur Gesellschaft wurde erachtet ein Irrtum des Grundkapitalübernehmers (R.G. XIX, 124; in dem betreffenden Einzelfalle lag allerdings nur Irrtum im Beweggrunde vor; vgl. jedoch R.O.H. XXII, 198), ein Betrug durch die Gründer (R.O.H. VII, 417, XXII, 196, Bolze Bd. 7 Nr. 644), das Nichteintreten einer Voraussetzung der Übernahmeerklärung (R.O.H. VII, 437; vgl. auch Bolze Bd. 10 Nr. 542) oder einer vereinbarten, aber nicht in die schriftliche Erklärung aufgenommenen aufschiebenden, oder das Eintreten einer solchen auflösenden Bedingung (R.O.H. V, 417, R.G. XVIII, 2, XIX, 124), sogar wenn die Vereinbarung nicht nur mit den Gründern, sondern — wie z. B. bei Bestätigung nach Gesellschaftserrichtung (R.G. XVIII, 3) oder bei Zeichnung gelegentlich Grundkapitalserhöhung (R.G. II, 133) — mit den Vertretern der errichteten Gesellschaft getroffen ist; ebenso die Vereinbarung, daß die Übernahmeerklärung nur zum Scheine oder ohne Verpflichtung zu Einlagen abgegeben werden solle (R.O.H. VII, 417; vgl. oben Anm. IIb). In unvereinbarem Widerspruch mit den vorstehend erwähnten Entscheidungen wurde für erheblich erklärt die Einrede des einer Genossenschaft Beigetretenen, daß er durch Betrug zur Abgabe der Beitrittserklärung veranlaßt sei (R.G. XXXVI, 105). Als erheblich wurde ferner erachtet die Einrede eines Betruges bei Erwerb eines bereits vorhandenen Geschäftsanteils einer G. m. b. H., weil die Weiterveräußerungen nur nachträglich zum Handelsregister anzumelden, aber an die Anmeldung weitere Rechtswirkungen nicht geknüpft seien (R.G. v. 7. Juli 1897, J.W. 476). Als erheblich endlich auch die Einrede, daß in der Übernahmeerklärung den Gründern (für das jetzige Recht vgl. §§. 196, 197, 274 Abs. 1) überlassen worden sei, die Satzung in bestimmtem Umfange zu ändern, daß die Änderung ohne Wissen des Übernehmers in größerem Umfange erfolgt sei, und er später nur irrtümlich als Aktionär Einzahlung geleistet habe (R.O.H. XXII, 198).

2. **Jetziges Recht.** Vorhandene Willensmängel der ursprünglichen Erklärung üben unter Umständen verschiedene Wirkungen für die beiden in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse aus. Auch die Gesellschaft ist ein „anderer, dem gegenüber die Erklärung abzugeben ist" (oben Anm. IIa 2). Für das Rechtsverhältnis zwischen Übernehmer eines Grundkapitalanteils und Gesellschaft ist aus den allgemeinen Bestimmungen des B.G. im einzelnen zu folgern:

α. **Schein, Irrtum, Täuschung.**

Eine **Scheinerklärung**, wenn sie im Einverständnis nur mit den Gründern zum Schein abgegeben, ist gegenüber der Gesellschaft nicht nichtig, denn letztere war nicht vertreten von den Gründern und hatte daher keine Kenntnis von dem geheimen Vorbehalt (B.G. §. 116 Satz 1), war nicht einverstanden mit einem Abgeben nur zum Schein (B.G. §. 117 Abs. 1).

Eine wegen **Irrtums** anfechtbare Erklärung kann — mangels ausdrücklicher Ausschließung einer solchen Anfechtung im Gesetz — auch gegenüber der Gesellschaft angefochten werden (B.G. §. 119), jedoch nur unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis vom Anfechtungsgrunde (B.G. §. 121). Auch hat der Anfechtende an die Gesellschaft den Schaden zu ersetzen, den sie dadurch erleidet, daß sie auf die Giltigkeit der Erklärung

vertraute, jedoch nicht über den Betrag der versprochenen Einlage hinaus (B.G. §. 122 Abs. 1). Der Fortfall des Übernehmers kann unter Umständen allerdings Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge haben (vgl. jedoch §. 202 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, R.O.H. XX, 279); dann kommen die Vorschriften in H.G.B. §. 311 zur Anwendung.

Wegen **Täuschung** seitens der Gründer kann gegenüber der Gesellschaft eine Anfechtung nicht erfolgen (ebenso Cosack §. 115 II 2b), denn die hier in Betracht kommende Erklärung war gegenüber der Gesellschaft abzugeben, und diese — da sie nicht von den Gründern vertreten war — kannte die Täuschung nicht (B.G. §. 123 Abs. 2 Satz 1; bei anderer Auffassung des Verhältnisses kann auch Satz 2 in Betracht kommen). Doch ist eine solche Erklärung anfechtbar nach den Regeln der Anfechtung wegen Irrtums.

In den vorstehend erwähnten Fällen des Scheins, des Irrtums und der Täuschung wäre nach der hier vertretenen Auffassung anders zu entscheiden, wenn es sich nicht um einen Vorgang bei Gründung der Gesellschaft, sondern um einen Vorgang bei Erhöhung des Grundkapitals handelte, und die Vertreter der Gesellschaft von Anfang an dem Übernehmer gegenüber stehen. Ist die Übernahmeerklärung zum Schein im Einverständnis mit dem Vorstand der Gesellschaft abgegeben, so ist und bleibt sie nichtig (B.G. §. 116 Satz 2, §. 117 Abs. 1). Erfolgt Anfechtung wegen Irrtums, so fällt auch die Ersatzpflicht des Irrenden fort, wenn der Vorstand den Irrtum kannte oder kennen mußte (B.G. §. 122 Abs. 2). Anfechtung wegen Täuschung ist zulässig, wenn der Vorstand getäuscht hat oder die durch einen Dritten herbeigeführte Täuschung kannte oder kennen mußte (B.G. §. 123 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1). Alles dies auch nach Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals.

Abzulehnen ist, von vorstehenden, auf den Vorschriften des B.G. §§. 116 ff. beruhenden Regeln abzuweichen wegen des rechtspolizeilichen Interesses an der verpflichtenden Kraft der dem Richter vorgelegten Übernahmeerklärungen. Dies Interesse hat — außer bezüglich „Beschränkungen und Vorbehalte", worüber nachstehend — keinen Ausdruck im Gesetz gefunden, und es ist daher willkürlich, wo man die Grenze für das Überwiegen jenes Interesses zieht. Abzulehnen (vgl. R.O.H. XIX, 234) ist ferner die Ansicht, daß man etwa eine dem Registerrichter eingereichte Übernahmeerklärung als eine sei es dem Staat, sei es der Allgemeinheit (den späteren Gesellschaftsgläubigern) abgegebene Erklärung der Übernehmer aufzufassen hätte und B.G. §§. 116 ff. so anzuwenden wären, daß der Staat oder die Allgemeinheit der „andere" ist. Der Übernehmer steht nur in Beziehung zu den Gründern einerseits und zu der Gesellschaft andererseits. Die Anmeldung zum Register erfolgt nicht namens des Übernehmers. Nicht ausgeschlossen hierdurch ist, daß der Übernehmer, wenn er auch nicht im Verhältnis zur Gesellschaft haftet, dennoch einem Dritten haftbar werden kann; so z. B. gemäß den Vorschriften über unerlaubte Handlungen wer bei Erhöhung des Grundkapitals im Einverständnis mit dem Vorstand zum Schein zeichnet und die Benutzung des Zeichnungsscheins zur Anmeldung duldet. Oder unter Umständen auch aus dem Gesichtspunkt einer mit seinem Einverständnis erfolgten Kundgebung (§. 123 Anm. IVb, R.O.H. XIX, 237; vgl. jedoch §. 202 Anm. I). In solchen Fällen ist aber Haftungsgrund die unerlaubte

Handlung oder die Kundgebung, nicht die ursprüngliche Übernahme eines Grundkapitalanteils, mithin ein anderer Rechtsgrund.

β. **Beschränkungen oder Vorbehalte.**

Abweichendes (§. 189 Anm. IIIc 2, d) ist nur anzunehmen bei Beschränkungen (Bedingungen) oder Vorbehalten, welche der Übernahmeerklärung beigefügt sind, denn hierüber ist in §. 189 Abs. 4, 5 (§. 281 Abs. 2) etwas Besonderes im Gesetz bestimmt. Allerdings ausdrücklich nur für den Fall der Stufengründung und der Grundkapitalserhöhung; doch enthält §. 189 Abs. 4, 5 Bestimmungen, welche entsprechend auch für alle anderen Fälle der Übernahme von Grundkapitalanteilen anwendbar sind (vgl. R.G. XXVI, 73).

III. **Feststellung der Satzung.**

a. **Feststellung.** Die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§. 182 Abs. 1) ist zu unterscheiden von der „Errichtung der Gesellschaft" (§. 188 Abs. 1; §. 189 Abs. 1, §. 196), und letztere wieder von dem „Entstehen der A.G. als solcher" (§. 200 Abs. 1). In der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages", d. h. der Satzung liegt nicht bereits eine Vereinserrichtungshandlung (§ 188 Anm. I), sondern nur die Feststellung einer Grundlage für eine solche später zu bewirkende Vereinserrichtungshandlung (ebenso Staub Art. 209 §. 1). Nicht jene Feststellung der Satzung, vielmehr erst die Vereinserrichtungshandlung (R.G. XLI, 283: „Aktiengesellschaftsvertrag") ist das bei der A.G. dem „Gesellschaftsvertrag" der Gesellschaft des B.G. Entsprechende (§. 188 Anm. I). Durch die Feststellung der Satzung erkennt an sich der Feststellende die Satzung noch nicht als für sich bindend an. Eine solche (durch die demnächstige Errichtung der Gesellschaft bedingte) Bindung liegt allerdings in der Regel in der als Voraussetzung der Mitwirkung bei Feststellung erforderten Übernahme von Grundkapitalanteilen. Sie kann auch in einem zwischen einzelnen oder allen Gründern abgeschlossenen Vorvertrage über Vereinserrichtung erfolgt sein, allerdings nur mit Wirkung zwischen den Vertragschließenden.

b. **Mindestens fünf Personen, welche Grundkapitalanteile** (§. 179 Anm. IIIa) **übernehmen.** „Personen, welche Grundkapitalanteile übernehmen", an anderen Stellen des H.G.B. „Aktionäre" genannt (§. 211 Anm. Ia), ist als einheitlicher Begriff anzusehen, und der §. 182 Abs. 1 Satz 1 dahin auszulegen, daß überhaupt nur wer Grundkapitalanteils-Übernehmer ist an der Feststellungsverhandlung mitwirken darf, und von derartigen Übernehmern fünf mitwirken müssen. Die Mitwirkung von Nichtübernehmern ist jedoch, da für die Feststellung Einstimmigkeit erforderlich ist, unerheblich und macht daher die Feststellungsverhandlung nicht nichtig, wenn außer ihnen noch fünf Übernehmer vorhanden waren. Vertretung Geschäftsunfähiger durch ihre gesetzlichen Vertreter ist jedenfalls zulässig (Cosack §. 115 I; vgl. H.G.B. §. 187 Anm.). Ob auch Vertretung durch Bevollmächtigte zulässig, ist zweifelhaft (für Verneinung Cosack §. 115 I, Ring Art. 209c Anm. 2; vgl. auch R.G. XLI, 15), aber mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung doch wohl zu bejahen (so Esser §. 182 Anm. 2, Staub Art. 209 §. 2). Vertretung eines Gründers durch einen anderen, von ihm durch notariell beglaubigte Vollmacht ermächtigten Gründer (so daß in Wahrheit nur 4 Personen anwesend waren) wurde für zulässig erachtet durch Beschluß des O.L.G. Dresden v. 25. Oktober 1898 (Holdheim 1898 S. 312). — Unter „Personen" sind nicht nur natürliche, sondern auch juristische und auch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft begriffen (vgl. §. 105 Anm. Ie 1; ebenso Staub, Lehmann, Recht der AGen. I, 318 Anm. 2). Wirken mehrere persönlich haftende Gesellschafter namens der Gesellschaft mit, so zählen

sie als eine Person (O.L.G. Dresden v. 16. Mai 1889 Z.f.H. Bd. 37 S. 548). Aus §§. 182 Abs. 1, 200 Abs. 2 folgt, daß bis zur Eintragung der A.G. die Mitgliederzahl nicht unter 5 Personen sinken kann; dagegen ist der Fortbestand der eingetragenen A.G. nicht davon abhängig, daß wenigstens 5 Aktionäre vorhanden sind. Auch wenn alle Aktien in einer Hand vereinigt sind, bleibt die A.G. bestehen. (Die für „eingetragene Vereine" geltende Vorschrift des B.G. §. 73 ist nicht entsprechend anwendbar). Ob und wie lange vor Errichtung die Übernehmer untereinander an ihre Übernahmeerklärung gebunden sind, hängt von den zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnissen ab (oben Anm. II a 1). Werden nachträglich so viele Übernahmeerklärungen zurückgezogen, daß bei „Errichtung der Gesellschaft" (§. 188 Anm. II) nicht mehr mindestens fünf der Feststeller der Satzung an ihren Übernahmeerklärungen festhalten, so ist die frühere Feststellung nicht als genügend zu erachten. — Die Aktionäre, welche die Satzung festgestellt haben, gehören zu den „Gründern" der Gesellschaft (§. 187).

c. **Form der Feststellungs-Verhandlung** ist die gerichtliche oder notarielle. Über diese Form vgl. G.fr.Ger. §. 167 ff. Die bloße Beglaubigung der Unterschrift genügt nicht. Zweifelhaft ist, ob sämtliche Beteiligte die erforderlichen Erklärungen in einer Verhandlung abgeben müssen, oder ob die Aufnahme mehrerer aufeinanderfolgender Verhandlungen zulässig ist. Für letzteres würde der über Antrag und Annahme von Verträgen handelnde §. 128 B.G. entscheiden, wenn man ihn für entsprechend anwendbar ansieht. Für ersteres giebt aber doch wohl die Erwägung den Ausschlag, daß die Feststellung der Satzung im Gesetz als das Ergebnis einer Beratung gedacht ist, und eine solche Beratung die Anwesenheit aller Beteiligten voraussetzt (vgl. auch §. 188 Anm. III b), daß ferner hierauf auch die Vorschrift eines Angebens des „Tages der Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§. 189 Abs. 3 Ziff 1, §. 198 Abs. 1) hindeutet. — Die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form bewirkt Nichtigkeit der Feststellungsverhandlung (B.G. § 125).

d. **Inhalt der Feststellungsverhandlung.** Die Feststellungsverhandlung muß den Wortlaut der festgestellten Satzung enthalten; außerdem aber (§. 182 Abs. 1 Satz 2) den Betrag der von jedem der feststellenden Personen übernommenen Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III a) und (K.B. 58), wenn verschiedene „Aktiengattungen" (§. 185 Anm. I) geschaffen sind, die Angabe der von jedem übernommenen Gattung.

IV. **Notwendiger Inhalt jeder Satzung.**

a. **Allgemeines.** Über die Folgen von Mängeln vgl. §. 309 ff. Zweifelhaft könnte sein, ob §. 182 Abs. 2 dahin auszulegen ist, daß die vorgeschriebenen Angaben auch sachlich in der Satzung selbst enthalten sein müssen, oder ob es genügt, wenn die Satzung bestimmt, in welcher Weise außerhalb der Satzung die betreffende Festsetzung erfolgen soll, z. B. daß sie durch Beschluß des Aufsichtsrats zu treffen sei. Für ersteres wird zu entscheiden sein (dagegen Johow X, 34), da im Gesetz (vgl. z. B. §. 189 Abs. 3 Ziff. 1) Wert darauf gelegt ist, daß jene Festsetzungen den Zeichnern bekannt werden. Hiernach erscheint es auch nicht zulässig, dem Aufsichtsrat die Befugnis beizulegen, die Blätter zu bezeichnen, welche an Stelle eingegangener benutzt werden sollen (dagegen Johow IV, 45 Anm. aus der Zeit vor 1884; vgl. unten Anm. IV b 7); vielmehr muß eine diesbezügliche Bestimmung bereits in der Satzung enthalten sein oder nötigenfalls gemäß §. 310 ergänzt werden.

b. **Die einzelnen Bestimmungen.**

1. **Firma.** Über die vorgeschriebene Beschaffenheit bei Begründung einer neuen Firma für die A.G. vgl. §. 20, über die vorgeschriebene Beschaffenheit bei

Fortführung einer bestehenden Firma durch die A.G. vgl. §. 22 Anm. IId, über die Frage der Zulässigkeit einer Führung mehrerer Firmen §. 17 Anm. IIIc. Über die Rechtsfähigkeit unter der Firma §. 210 Anm. Ib.

2. **Sitz.** Zur Anwendung kommt (Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3) B.G. §. 24:

„Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird."

Vgl. auch §. 33 Anm. IV, §. 106 Anm. I. Da nach B.G. §. 24 in erster Reihe die willkürliche Bestimmung des Sitzes maßgebend ist, so bleibt der gemäß H.G.B. §. 182 Abs. 2 Ziff. 1 bestimmte Sitz als solcher bestehen, selbst wenn die Hauptniederlassung an einem anderen Orte eingerichtet wird (R.O.H. XXI, 37, Johow XIII, 44). Unerheblich ist auch, wo die Vorstandsmitglieder (R.O.H. XXI, 37) oder die Liquidatoren (§. 149 Anm. IVd) ihren Wohnsitz haben. Eine Verlegung des Sitzes bedingt die Änderung der Satzung. Der Beschluß, den Sitz einer A.G. in das Ausland zu verlegen, hat nach R.G. VII, 70, da hierdurch die A.G. die ihr als inländische Gesellschaft zugestandene Rechtspersönlichkeit verlöre (vgl. jedoch §. 6 Anm. IVa), an sich dieselben Wirkungen wie ein Auflösungsbeschluß; nur sei es zulässig, das Gesellschaftsvermögen im Ganzen an die mit dem Sitz im Auslande neugebildete Gesellschaft zu veräußern (§. 303) und so eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu verhindern. — Das Reichsstempelgesetz. §. 7 Abs. 2 spricht von „Sitz der Handelsniederlassung" im Sinne von „Ort der Handelsniederlassung".

3. **Gegenstand des Unternehmens.** Vgl. §. 33 Abs. 2, §. 106 Anm. IIg. Da das Gesetz keine ausdrückliche Beschränkung enthält, so ist es für zulässig zu erachten, daß der Gegenstand in ganz allgemeinen Ausdrücken bezeichnet wird, z. B. als „Handelsgeschäfte aller Art" (Staub Art. 209 §. 7, wohl auch Esser Anm. 8; dagegen Ring Art. 209 Anm. 10). Für die Änderung der Satzung in Bezug auf den Gegenstand des Unternehmens sind erschwerende Bestimmungen in §. 275 Abs. 2 getroffen. Die Firma ist nicht an Beibehaltung des ursprünglichen Handelszweiges gebunden (§. 17 Anm. IIIb).

4. **Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Grundkapitalanteile.** Vgl. §. 178 Anm. II, §. 179 Anm. IIIa. Über den zulässigen Mindestbetrag der einzelnen Grundkapitalanteile bestimmt §. 180.

5. **Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes.** Im Gesetz ist nur bestimmt, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen könne (§. 231 Abs. 2). Das Kammergericht (Johow X, 37) erachtet für genügend, daß in der Satzung bestimmt wird, ein Dritter (z. B. der Aufsichtsrat) solle die Zahl der zu bestellenden Vorstandsmitglieder festsetzen. Dagegen oben Anm. IIIa. — Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist nicht notwendiger Bestandteil der Satzung, da hierüber bereits §. 243 die erforderlichen Bestimmungen enthält.

6. **Form der Berufung der Generalversammlung.** Vgl. §§. 253—257, 310. „Form" vgl. unten Anm. IVb 7. Aus der besonderen Hervorhebung der „Berufung einer Generalversammlung" in gleicher Reihe mit „Bekanntmachungen der Gesellschaft" ist zu schließen, daß ersteres nicht nur ein Sonderfall von Bekanntmachungen überhaupt sein soll; mithin findet auch §. 182 Abs. 3 auf die Berufung von Generalversammlungen nur dann Anwendung, wenn die Satzung ausdrücklich auch hierfür die Bekanntmachung durch öffentliche Blätter vorschreibt.

7. **Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft.** Als Anschauung der Reichstagskommission wurde festgestellt, daß die „Form" der Gesellschaftsbekanntmachungen gleichbedeutend mit der Art der Bekanntmachung sei, und daß

mithin in der Satzung festzustellen sei, ob die Bekanntmachungen durch öffentliche Blätter, eingeschriebenen Brief, einfachen Brief oder wie sonst erfolgen, daß dagegen die Form der Unterzeichnung solcher Bekanntmachungen, z. B. ob durch ein oder mehrere Vorstandsmitglieder, nicht unter diese Bestimmung falle, sondern hierfür §§. 232, 233 maßgebend seien (K.B. 60). Den Gegensatz zu den Bekanntmachungen der Gesellschaft (§. 182 Abs. 2 Ziff. 6, Abs. 3) bilden diejenigen des Registergerichts (§§. 10, 11, 199 u. a.). Nach §. 182 Abs. 3 Satz 1 müssen diejenigen Bekanntmachungen der Gesellschaft, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, jedenfalls im Deutschen Reichsanzeiger eingerückt werden. Da diese Vorschrift bereits im Gesetz als notwendige enthalten ist, wird nicht anzunehmen sein, daß die Wiederholung dieses Teiles der Form einen notwendigen Bestandteil der Satzung bildet. Ist in der Satzung nichts darüber bestimmt, in welchen Blättern die Bekanntmachungen der Gesellschaft zu veröffentlichen sind, so ist daher nicht die Satzung nichtig, sondern es ist dann erforderlich und genügt die Veröffentlichung im Reichsanzeiger (vgl. auch Esser Anm. 10). Die Vorschrift des Abs. 3 Satz 2 hat nicht den Sinn, daß neben dem Reichsanzeiger andere Blätter bestimmt werden müssen (M. 214; vgl. jedoch K.B. 60). Der Abs. 3 bezieht sich nur auf Bekanntmachungen, deren Aufnahme in öffentliche Blätter vorgeschrieben ist („sollen"), nicht auf freiwillig in öffentlichen Blättern erfolgende Bekanntmachungen, wie z. B. Angebote, Ausschreiben von Beamtenstellen (K.B. 59). Ob das Vorschreiben im Gesetz oder in anderer Weise verpflichtend für die Gesellschaft erfolgt, ist unerheblich (Ring Art. 209 Anm. 17). Ist im Gesellschaftsvertrag die Veröffentlichung der Bekanntmachungen der Gesellschaft in mehreren Blättern vorgeschrieben, und geht von diesen eins ein, so genügt — mangels diesbezüglicher Bestimmung der Satzung — für die Zukunft die Veröffentlichung in den übrigen (Johow IV, 44 in einem nach §. 34 Genossenschaftsges. von 1868 zu beurteilenden Falle). Über die Frage der Zulässigkeit einer Bestimmung, wonach durch Aufsichtsratsbeschluß neue Blätter an Stelle eingegangener festzusetzen sind, vgl. oben Anm. IV a. — Über Aufforderungen zur Einzahlung vgl. §. 218 Abs. 3. — Die Blätter, in denen die Bekanntmachungen der Gesellschaft zu veröffentlichen sind, werden im H.G.B. als „Gesellschaftsblätter" bezeichnet. (§. 219 Abs. 2).

V. **Bestimmungen, welche freiwillig sind, aber — wenn überhaupt — nur in der Satzung** (Anm. I) **getroffen werden können,** nicht auch durch sonstige Beschlüsse oder durch Vertrag mit Dritten (M. 70). Bezüglich aller hierunter fallender Bestimmungen ist die gesetzliche Form auch nicht etwa dadurch gewahrt, daß die Satzung vorschreibt, die betreffende Bestimmung könne in anderer Weise als in der Satzung getroffen werden (oben Anm. IV a).

1. Bindung der Übertragung von Anteilrechten an die Zustimmung der Gesellschaft (§. 179 Anm. II c 2, §. 222 Abs. 2) und Zusatz, daß diese Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden dürfe (§. 212 Abs. 3).
2. Bestimmung anderer Blätter außer dem Reichsanzeiger für Bekanntmachungen der Gesellschaft (§. 182 Abs. 3). Vgl. oben Anm. IV b 7.
3. Ausstellung von Inhaberaktien (§. 183 Abs. 1).
4. Zulässigkeit der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien oder umgekehrt auf Verlangen des Aktionärs (§. 183 Abs. 2).
5. Ausgabe von Aktien für einen höheren Preis als den Nennbetrag (§. 184 Abs. 2).

6. Festsetzung verschiedener Rechte für einzelne Aktiengattungen (§. 185).
7. Ausbedingung besonderer Vorteile für einzelne Aktionäre, Nichtbareinlagen, Übernahme von Vermögensgegenständen bei Gründung, Gewährung von Entschädigungen oder Belohnungen für Gründung oder deren Vorbereitung (§. 186).
8. Wahl des ersten Vorstandes in anderer Weise als durch die Generalversammlung (§. 190 Abs. 3).
9. Verpflichtung der Aktionäre zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen (§. 212 Abs. 1; vgl. §. 276) und Festsetzung von Vertragsstrafen für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung dieser Verpflichtungen (§. 212 Abs. 2).
10. Ausschluß des Reingewinns oder eines Teiles desselben von der Verteilung (§. 213; vgl. jedoch §. 213 Anm. IIb) und sonstige von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Art der Gewinnverteilung (§. 214 Abs. 3).
11. Zeitpunkt, in welchem die Verteilung fester Zinsen an die Aktionäre spätestens aufhört (§. 215 Abs. 2).
12. Festsetzung von Vertragsstrafen auf nicht rechtzeitige Einzahlung des auf die Aktien eingeforderten Betrages (§. 218 Abs. 2).
13. Bestimmungen, wonach die Aufforderung zur Leistung von Einzahlungen auf Aktien in anderer Weise als die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen soll (§. 218 Abs. 3).
14. Anordnung oder Gestattung der Einziehung von Anteilrechten (§. 227 Abs. 1).
15. Abweichungen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht der Vorstandsmitglieder, Erteilung einer Gesamtvertretungsmacht an Vorstandsmitglieder und Prokuristen, und Ermächtigung des Aufsichtsrats zu einer derartigen Erteilung (§. 232).
16. Festsetzung, daß der Aufsichtsrat aus mehr als drei Mitgliedern bestehen soll (§. 243 Abs. 1).
17. Bestimmung anderer als der gesetzlichen Voraussetzungen für Widerruf der Bestellung zum Mitglied des Aufsichtsrats (§. 243 Abs. 4).
18. Festsetzung der über die gesetzlichen hinausreichenden Obliegenheiten des Aufsichtsrats (§. 246 Abs. 3).
19. Bestimmungen über das Erfordernis einer größeren als der gesetzlichen Mehrheit oder sonstiger Erfordernisse für Beschlüsse der Generalversammlung; besondere Bestimmungen für Wahlen (§. 251).
20. Bedingungen und Form der Ausübung des Stimmrechts in Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen (§. 252 Abs. 4); Beschränkung des Stimmrechts für den Fall des Besitzes mehrerer Anteilrechte; Beilegung eines höheren Stimmrechts an eine von mehreren „Aktiengattungen“ (§. 252 Abs. 1).
21. Ermächtigung anderer als des Vorstandes und der sonst gesetzlich Ermächtigten zur Berufung der Generalversammlung (§. 253 Abs. 1, 254 Abs. 1); Festsetzung bestimmter Fälle, in denen außer den gesetzlichen die Generalversammlung zu berufen ist (§. 254 Abs. 2).
22. Abhängigmachung der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung davon, daß die Aktien früher als am dritten Tage vor der Versammlung hinterlegt werden (§. 255 Abs. 2, 3).

23. Bestimmung einer von der gesetzlichen abweichenden Frist für die Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts (§. 260 Abs. 2).
24. Festsetzung, daß, bis der Reservefonds einen höheren als den zehnten Teil des Grundkapitals erreicht, ein bestimmter Teil des Reingewinns an ihn abgeführt werden soll (§. 262 Ziff. 1).
25. Festsetzung einer andern als der gesetzlichen Mehrheit für Abänderung der Satzung (§. 275 Abs. 1); Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für Beschlüsse über Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens (§. 275 Abs. 2).
26. Zulässigkeit einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien (bei Versicherungsgesellschaften) vor voller Einzahlung des bisherigen Kapitals (§. 278 Abs. 1).
27. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordnisse für Beschlüsse über Herabsetzung des Grundkapitals (§. 288 Abs. 1).
28. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für den Auflösungsbeschluß (§. 292 Ziff. 2).
29. Festsetzung schwererer als der gesetzlichen Erfordernisse für den Beschluß einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen (§. 303 Abs. 1).

VI. **Beispiele von Bestimmungen, welche in der Satzung oder auch in anderer Weise getroffen werden können.**
1. Festsetzung einer Zeit, mit deren Ablauf die Aktiengesellschaft aufgelöst sein soll (§. 292 Ziff. 1; vgl. Denkschr. 121, §. 196 Abs. 5, §. 198 Abs. 2).
2. Abweichungen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht der Liquidatoren (§. 298 Abs. 3).

§. 183.

Namenaktien als Regel. Umwandlung.

Ist im Gesellschaftsvertrage nichts darüber bestimmt, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf Namen lauten sollen, so sind sie auf Namen zu stellen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat.

A.D.H. Art 209 Abs. 2 Ziff. 4, 209a Abs. 1 Ziff. 3. **Entw. I** §. 169. **Entw. II** §. 181.

§. 183.

I. **Namen- und Inhaberaktien.** Vgl. §. 179 Anm. IVc.

II. **Umwandlung.** Enthält die Satzung keine Bestimmung, wonach auf Verlangen eines Aktionärs die Umwandlung seiner Namenaktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat, so ist eine solche Umwandlung erst nach Änderung der Satzung zulässig. Eine Umwandlung der in §. 183 Abs. 2 zugelassenen Art ist eine Verwaltungshandlung, die im Zweifel durch den Vorstand zu bewirken ist (Denkschr. 122, K.B. 60). Für eine Zwangsumwandlung, da sie in das Sonderrecht des Aktionärs eingreift, genügt nicht schon ein Beschluß über Änderung der Satzung (§. 274); vielmehr ist hierfür eine vor der Entstehung des betreffenden Anteilrechts zu Stande gekommene Bestimmung der Satzung erforderlich (Denkschr. 122).

Ausgabebetrag. §. 184.

Für einen geringeren als den Nennbetrag dürfen Aktien nicht ausgegeben werden.

Die Ausgabe für einen höheren Betrag ist statthaft, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist.

A.D.H. Art. 209a Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2. **Entw. I** §. 170. **Entw. II** §. 182.

§. 184.

I. **Ausgabebetrag.** Der §. 184 behandelt nicht, wie es nach der Fassung scheinen könnte, das Verhältnis des vor der Ausgabe einer Aktienurkunde thatsächlich gezahlten Betrages zu dem Nennbetrag derselben; er behandelt vielmehr das Verhältnis des übernommenen Grundkapitalanteils (§. 179 Anm. IIIa) zum Einlageversprechen. Der „Betrag des (Kapital-)einlage-Versprechens" (§. 161 Anm. Ic 3, §. 211 Anm. II) ist im Gesetz bei der A.G. „Ausgabepreis" (oder „Betrag, für welchen Ausgabe stattfindet") genannt (z. B. §. 179 Abs. 3, §. 189 Abs. 3 Ziff. 3, §. 211). Jene Worte bezeichnen denselben Begriff; nur ist bei „Einlage" an den beitragenden Gesellschafter gedacht, bei „Ausgabe" an die Gesellschaft, welche das entsprechende Wertpapier aushändigt. Auch die Wahl des Ausdrucks „Ausgabepreis" ist keine glückliche, weil das Wort „Preis" die falsche (§. 188 Anm. I) Vorstellung erweckt, als sei die Ausgabe der Urkunde die volle Gegenleistung für die Hingabe der Einlage. — Da der §. 184 nur das auf den betreffenden Grundkapitalanteil zu leistende erstmalige Einlageversprechen behandelt, so ist es selbstverständlich, daß er — trotz seiner allgemein lautenden Fassung — nicht anwendbar ist auf das Ausgeben eines bereits bestehenden Anteilrechts seitens der Gesellschaft (Cosack §. 117 III 1), z. B. nicht auf den Verkauf eines seitens der Gesellschaft durch Kauf oder Verlustigerklärung erworbenen eigenen Anteilrechts und des verbriefenden Mitgliedscheins.

II. **Ausgabe unter Nennbetrag** (= „Unterpari-Emission") ist verboten (§. 184 Abs. 1). Und zwar bei Ausgabe sowohl auf das ursprüngliche Grundkapital wie auf eine Erhöhung desselben (vgl. §. 278 Abs. 3). Über die Aushändigung der Aktienurkunden vor voller Zahlung des Nennbetrages bestimmt nicht §. 184 Abs. 1 (oben Anm. I), sondern §. 179 Abs. 3, 4. Mithin fällt auch ein Verstoß gegen §. 184 Abs. 1 nicht unter die Strafbestimmung des §. 314 Ziff. 2.

III. **Ausgabe über Nennbetrag** (= „Überpari-Emission") ist bedingt zulässig (§. 184 Abs. 2): das Einlageversprechen darf höher sein als der übernommene (im Fall der Aktienausgabe in dem Nennbetrag der Aktie erscheinende) Grundkapitalanteil (oben Anm. I). Die Ausgabe über Nennbetrag ist statthaft nur, wenn sie in der Satzung zugelassen (§. 184 Abs. 2) ist. Der genaue Ausgabebetrag braucht nicht in der Satzung angegeben zu sein (M. 133, Denkschr. 122; Rudorff, H.G.B.; dagegen Staub Art. 209a §. 3); bei Ausgabe über Nennbetrag im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals muß jedoch der Mindestausgabebetrag in dem Erhöhungsbeschluß festgesetzt werden (§. 278 Abs. 3); auch muß bei Stufengründung und bei Erhöhung der Ausgabebetrag im Zeichnungsschein genannt sein (§. 189 Abs. 3 Ziff. 3, §. 281 Abs. 1 Ziff. 2). Der Aktionär haftet auf Einzahlung des Überbetrages ebenso wie auf Einzahlung des Nennbetrages (§. 211); der Überbetrag muß jedoch schon vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister voll eingezahlt werden (§. 195 Abs. 3 Satz 2). Der durch Ausgabe über Nennbetrag erzielte Überschuß über den Nennbetrag und über die Kosten der Aktienausgabe

muß zum Reservefonds abgeführt werden (§. 262 Ziff. 2). Da der Nennbetrag und der Ausgabebetrag im Zeichnungsschein angegeben werden müssen (§. 189 Abs. 2, 3 Ziff. 3, §. 281 Abs. 1), so muß aus dem Zeichnungsschein stets hervorgehen, ob eine Ausgabe über Nennbetrag stattfindet.

§. 185. **Aktiengattungen.**

Im Gesellschaftsvertrage können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Vertheilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden.

A.D.H. Art 209a Ziff. 4. **Entw. I** §. 171. **Entw. II** §. 183.

§. 185.

I. **Begriff der „Aktiengattung."**

a. **Aktiengattung** und **Aktienart.** Nach dem A.D.H. war zu unterscheiden zwischen „Aktienart" und „Aktiengattung." Was in A.D.H. „Aktienart" sei, war abzuleiten aus Art. 209 Abs. 2 Ziff. 4: „Die Art der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen lauten, und im Falle der Ausgabe beider Arten die Zahl der Aktien einer jeden Art." Was im A.D.H. „Aktiengattung" sei, war zu entnehmen aus M. 68 Randbemerkung: „Verschiedene Gattungen von Aktien (Prioritätsaktien u. s. w.)." Zunächst fragt es sich, ob dieselbe Unterscheidung auch für das neue H.G.B. zu machen ist, oder ob hier die Bedeutung von „Aktiengattung" eine andere, das frühere „Aktiengattung" und „Aktienart" umfassende ist. Während im A.D.H. der Ausdruck „Aktienart" an drei Stellen (Art. 209 Abs. 2 Ziff. 4 [175 Abs. 2 Ziff. 5], 209a Ziff. 3 [175a Ziff. 3], 209e Abs. 1 [175c Abs. 1]) vorkommt, ist dieser Ausdruck im H.G.B. nicht mehr enthalten. Die Vorschriften Art. 209 Abs. 2 Ziff. 4 und 209a Ziff. 3 sind ersetzt durch §. 183, und hier liegt wohl eine Fassungsänderung vor, durch welche zufällig der Ausdruck „Aktienart" in Wegfall gekommen ist. Anders bezüglich Art. 209e Abs. 1. Der Art. 209e Abs. 1 Satz 2 lautete:

„Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus welcher die Beteiligung nach Anzahl und, im Falle einer Verschiedenheit der Aktien, nach Betrag, Art oder Gattung derselben hervorgehen muß."

Der entsprechende §. 189 Abs. 2 H.G.B. lautet:

„Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus der die Beteiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Aktien ausgegeben werden, nach dem Betrag oder der Gattung der Aktien hervorgehen muß."

Hier ist also die Fassung des H.G.B. fast genau die gleiche wie die des A.D.H., nur daß wo im A.D.H. „Art und Gattung" steht, dafür im H.G.B. nur „Gattung" gesetzt ist. Dies kann nur auf absichtlicher Änderung beruhen. Leider ist nicht mit Sicherheit zu ersehen, mit welcher Absicht diese Änderung erfolgte, ob hierin eine sachliche Änderung liegen sollte, des Inhalts, daß künftig nicht mehr, wie bisher, aus dem Zeichnungsschein auch hervorgehen muß, es seien Inhaber- oder es seien Namenaktien übernommen, oder ob vielmehr nur eine Fassungsänderung ohne Änderung der sachlichen Bedeutung beabsichtigt war, so daß unter „Verschiedenheit nach Gattung" jetzt auch die Verschiedenheit, welche zwischen Inhaber- und Namenaktien besteht, umfaßt sein würde. Für letzteres spricht die Fassung des §. 189 Abs. 2: wenn dort als Voraussetzung allgemein die „Ausgabe verschiedener Aktien" und als Folge die Angabe der Verschiedenheit nach „Betrag oder Gattung" genannt ist, so ist dies kaum anders erklärlich, als daß bei dem Entwerfen der neuen Fassung angenommen wurde, eine

andere „Verschiedenheit" als die nach „Betrag oder Gattung" könne garnicht vorkommen. Aus der Denkschr. 122 ist hierüber nichts zu entnehmen; dort ist nur bemerkt: „Die §§. 185—187 .... stimmen bis auf geringe, meistens die Fassung betreffende Verschiedenheiten mit den Art. 209 c bis 209 e A.D.H. überein." — Trotzdem aber nach Vorstehendem die Fassung des §. 189 Abs. 2 fast mit Notwendigkeit zu dem Schluß führt, daß das H.G.B. unter „Verschiedenheit nach Aktiengattungen" jede Verschiedenheit außer einer Verschiedenheit nach dem Betrage versteht, kann dieser Schluß doch nicht gezogen werden. Nach K.B. 63 lag zu §. 187 (jetzt §. 189 H.G.B.) der Antrag vor, den zweiten Absatz wie folgt zu fassen: „Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus welcher die Beteiligung nach dem Betrage und, falls Aktien mit verschiedenartiger Berechtigung (§§. 183, 247) ausgegeben werden, auch nach der Gattung der Aktien hervorgehen muß" (die §§. 183, 247 Entw. II entsprechen den §§. 185, 252 H.G.B.). „Nachdem seitens der Regierung erklärt worden war, daß die beantragte Bestimmung in der Regierungsvorlage §. 187 enthalten, indem ausdrücklich gesagt sei, daß die Zeichnung nicht nur den Betrag, sondern auch die Gattung der gezeichneten Aktien anzugeben habe, wurde der Antrag zurückgezogen." Hier ist also gesagt, daß das „verschiedene Aktien" in §. 189 keine andere Bedeutung haben sollte als „Aktien von verschiedenem Betrage oder von verschiedener Berechtigung (§. 185)". Ist dies aber richtig, so würde aus §. 189 Abs. 2 nichts darüber folgen, was als „Verschiedenheit nach Gattung" anzusehen ist. So wird man in der That den §. 189 Abs. 2 auszulegen und die Fassung „falls verschiedene Aktien ausgegeben werden" nur als unbeabsichtigte Ungenauigkeit anzusehen haben.

Nach Vorstehendem kann aus einer Vergleichung der Stellen, in denen „Art von Aktien" im A.D.H. vorkommt, mit den entsprechenden Stellen des H.G.B. überhaupt nichts für die Frage geschlossen werden, ob „Gattung" im H.G.B. mit „Gattung und Art" im A.D.H. gleichbedeutend ist. Ebensowenig ist eine bestimmte Entscheidung aus Denkschr. und K.B. ableitbar. Denkschr. 122 scheint allerdings vorauszusetzen, daß eine besondere „Gattung" von Aktien nur als „Prioritätsaktien" denkbar ist; mit Sicherheit folgt dies indessen aus dem Wortlaut jener Stelle nicht. Umgekehrt ist in einem (aus anderem Grunde abgelehnten) Antrage zu §. 183 H.G.B. in K.B. 60 ausdrücklich auf Inhaberaktien und Namenaktien als auf „Aktien beider Gattungen" verwiesen, ohne daß hiergegen etwas erinnert wurde. Unvollkommen nach der hier fraglichen Richtung ist endlich auch die im K.B. 59 enthaltene Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Gattung," weil der Unterschied zwischen Namen- und Inhaberpapier zwar nicht unter den bejahenden Teil der Begriffsbestimmung, aber ebensowenig unter den verneinenden Teil derselben fällt, sondern ein Drittes darstellt, und weil im verneinenden Teil jener Begriffsbestimmung das Wort „gleichartig" gebraucht ist, dessen Begriff von dem erst zu bestimmenden der „gleichen Gattung" abhängt. Es heißt a. a. O.: „Zu §. 180 (H.G.B. §. 182) stellte die Kommission fest, daß eine besondere Gattung von Aktien nur dann vorliegt, wenn verschiedene Rechte mit verschiedenen Aktien verbunden sind, Prioritätsrechte bezüglich der Dividenden-Verteilung, verschiedene Rechte bezüglich der Höhe der Dividenden, Vorrechte bei Vermögensverteilung, nicht dagegen dann, wenn bei gleichartigen Aktien lediglich verschiedene Serien vorliegen, oder die Aktien lediglich einen verschiedenen Nominalbetrag haben."

Die Frage muß mithin aus allgemeinen Gesichtspunkten entschieden werden. Hiernach aber ist anzunehmen, daß im H.G.B. der Begriff „Aktiengattung" nicht

auch das „Aktienart" des A.D.H. umfassen soll. Eine solche Erweiterung des Begriffes trotz Benutzung desselben Worts ist an sich unwahrscheinlich. Da ferner es zulässig ist, zu bestimmen, daß durch einfache Verfügung der Verwaltung der A.G. auf Verlangen des Aktionärs eine Umwandlung von Namenaktien in Inhaberaktien erfolgt und umgekehrt (§. 183), so kann nicht angenommen werden, daß auf den Umstand, ob die Aktie auf Namen oder auf Inhaber gestellt ist, soviel Gewicht gelegt werden sollte, daß darauf die im Gesetz für „Aktiengattungen" gegebenen Vorschriften anwendbar sein sollten.

b. **Aktiengattung ist Anteilrechtsgattung.** Aus §. 189 Abs. 2 und der Begriffsbestimmung in K.B. 59 geht hervor, daß verschiedene Aktiengattungen nicht vorliegen, wenn nur eine Verschiedenheit im Aktienbetrage, das heißt eine Verschiedenheit der übernommenen Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III) vorhanden ist. Aus den obigen Ausführungen geht ferner hervor, daß verschiedene Aktiengattungen auch dann nicht vorliegen, wenn es sich nur um Verschiedenheiten der Aktienurkunden (§. 179 Anm. IV) handelt. Hieraus folgt, daß von einer Verschiedenheit der Aktiengattungen überhaupt nur gesprochen werden kann, wenn es sich um Verschiedenheiten der Anteilrechte (§. 179 Anm. II) handelt, der zutreffendere Ausdruck mithin „Anteilrechtsgattungen" sein würde.

Eine Verschiedenheit von Aktiengattungen liegt jedoch nicht in jeder Verschiedenheit der Anteilrechte. So nicht in einer Verschiedenheit bezüglich der Übertragbarkeit. Zu dieser Folgerung wird man gezwungen, wenn man, wie oben dargelegt, annimmt, daß die Verbriefung durch Namenurkunde und die Verbriefung durch Inhaberurkunde keine Gattungsverschiedenheit begründet. Diese Folgerung führt dann aber entsprechend auch dahin, daß man in der Bindung der Übertragung von Anteilen an die Zustimmung der Gesellschaft nicht die Begründung einer besonderen Aktiengattung sehen kann. Die oben erwähnte Feststellung in der Kommission (K.B. 59) will in ihrem bejahenden Teil, der doch wohl als der wesentliche anzusehen ist, eine besondere Gattung von Aktien „nur dann" vorliegen lassen „wenn verschiedene Rechte mit verschiedenen Aktien verbunden sind, Prioritätsrechte bezüglich der Dividenden-Verteilung, verschiedene Rechte bezüglich der Höhe der Dividenden, Vorrechte bei Vermögensverteilung." Hierin ist nicht klar zum Ausdruck gekommen, ob die erwähnten drei Fälle als die einzig möglichen einer besonderen Aktiengattung gedacht sind oder nur als nicht erschöpfende Beispiele. Letzteres wird anzunehmen sein, denn als verschiedene Aktiengattungen würden z. B. auch aufzufassen sein Anteilrechte mit der Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen (§. 212) neben Anteilrechten ohne solche Pflicht (ebenso Rudorff zu §. 212 Abs. 1), eine Verschiedenheit, welche unter keins der in K.B. 59 genannten Beispiele fällt. Auch die Frage könnte man geneigt sein, aufzuwerfen, ob Anteilrechte, mit denen nur bezüglich des ihnen beigelegten Stimmrechts eine verschiedene Berechtigung verknüpft ist, verschiedene Aktiengattungen darstellen. Der hier vorausgesetzte Fall einer verschiedenen Berechtigung nur bezüglich des Stimmrechts kann indessen nicht vorkommen, denn nach §. 252 Abs. 1 setzt die Beilegung verschiedenen Stimmrechts an verschiedene Anteilrechte mit gleichem Grundkapitalanteil das Bestehen einer Gattungsverschiedenheit zwischen jenen Anteilrechten voraus (ähnlich Esser Anm. 1). Mithin kann bei Anteilen, welche in Ansehung des Stimmrechts und in anderer Weise verschieden sind, nicht erst in der Beilegung des verschiedenen Stimmrechts der Grund einer etwa vorhandenen Gattungsverschiedenheit gefunden werden.

Die Vorrechtsaktie, da sie ein Anteilrecht verbrieft, ist keine Schuldurkunde (R.G. XXI, 26).

c. **Fassung des §. 185. „Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung".** Indem der § 185 bestimmt, daß „für einzelne Gattungen von Aktien" „verschiedene Rechte festgesetzt" werden können, scheint er vorauszusetzen, daß die Gattungsverschiedenheit schon vorhanden sein muß, ehe die verschiedenen Rechte festgesetzt werden. In Wahrheit handelt es sich indessen auch hier nur um eine ungenaue Ausdrucksweise. Dies wird klar gestellt durch die oben angeführte Bemerkung in K.B. 59, wonach gerade jene Beilegung verschiedener Rechte erst die Gattungsverschiedenheit schaffen soll. Der §. 185 ist mithin so auszulegen, als lautete er:

„Einzelnen Anteilrechten können verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Verteilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens beigelegt werden (Aktiengattungen). Eine derartige Festsetzung kann nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden."

Bei derartiger Auslegung ergiebt sich, daß §. 185 — was aus der Fassung zunächst nicht erkennbar — eine Bestimmung des Begriffs Aktiengattung enthalten soll, und diese in §. 185 gegebene Begriffsbestimmung ist mit der oben (Anm. Ia) entwickelten in Übereinstimmung. Es ergiebt sich aber ferner, daß der im Gesetz an mehreren Stellen gebrauchte Ausdruck „Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung" (§§. 275 Abs. 3, 278 Abs. 2, 281 Abs. 1 Ziff. 3, 288 Abs. 3) nichts anderes, sondern dasselbe bedeuten soll wie der Ausdruck „Aktiengattungen" (§§. 182 Abs. 1, 189 Abs. 2, 252 Abs. 1). Nur im §. 300 Abs. 2 hat der Ausdruck „Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung" eine andere Bedeutung: er ist dort beschränkend auszulegen als „Aktiengattungen, welchen in Betreff der Verteilung des Gesellschaftsvermögens verschiedene Rechte beigelegt sind."

d. **Zahl der zur Gattung gehörenden Anteilrechte.** Diese Zahl ist nach unten nicht beschränkt. Die in K.B. 59 gegebene Begriffsbestimmung paßt auch auf den Fall einer nur aus einem Anteilrecht bestehenden besonderen Gattung. In der That liegt kein Grund vor, diesen Fall auszuschließen, zumal das Grundkapital in ungleiche Teile zerlegt werden darf (§. 180 Anm. I), und nicht wohl unzulässig sein kann, daß jemand ein bevorzugtes Anteilrecht mit einem Grundkapitalanteil von 10 000 übernimmt, wenn er, gleichfalls allein, 10 bevorzugte Anteilrechte mit Grundkapitalanteilen von je 1000 übernehmen könnte.

II. **Beispiele verschiedener Aktiengattungen.** Der §. 185 hebt als Beispiele solcher Verschiedenheit hervor: a. Verschiedenheit bei Verteilung des Gewinns, b. Verschiedenheit bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens.

a. **Verschiedene Berechtigung bei Verteilung des Gewinns.** Die Verschiedenheit kann z. B. bestehen in einem Vorrang bei Gewinnverteilung oder auch in der Höhe des auf die einzelne Gattung zu zahlenden Gewinnanteils (K.B. 59). Die Bestimmung der Satzung: „Sollte in einem oder dem anderen Jahre der Reinertrag nicht ausreichen, um den Inhabern der Namenprioritätsaktien die (gewährleistete) Dividende von 5 Prozent zu gewähren, so wird das Fehlende aus dem Reinertrage des oder der folgenden Jahre nachgezahlt und die Inhaber der Stammaktien erhalten nicht eher eine Dividende, als bis diese Nachzahlung vollständig geleistet ist" ist dahin auszulegen, daß das Recht auf Nachbezug von Gewinnanteilen dem Inhaber des Gewinnanteilscheins, nicht dem Inhaber der Aktie zusteht (R.O.H. XXII, 365, R.G. XIV, 170), daß das Recht auf Gewinnanteil des letztverflossenen Jahres den Vorrang vor allen Nachbezugsrechten hat (R.O.H. XXII, 367, R.G. IX, 33), und daß zwischen den Nachbezugsrechten verschiedener Jahre jedes ältere den Vorrang vor dem jüngeren hat (R.O.H. XXII, 370; dagegen Cosack §. 118 V 1). Das Nachbezugsrecht ist, nachdem es

durch Gewinnausfall einmal zur Entstehung gelangt ist, eine Gläubigerforderung, beruhend auf der von der Gesellschaft übernommenen Gewähr gegen Gewinnausfall, aufschiebend bedingt durch (in der Regel) das Eintreten von Überschüssen über den gewährleisteten Gewinn der folgenden Jahre (R.O.H. XXII, 368, R.G. XV, 101). Der Nachbezugsberechtigte hat ebensowenig wie der einzelne Aktionär Anspruch darauf, daß die A.G. ihr Unternehmen behufs Gewinnerzielung fortbetreibt (§. 213 Anm. IIb, R.G. XIV, 170). Über den Widerstreit der Rechte des Inhabers der Aktie und der Rechte des Inhabers des vor Feststellung des Gewinnanteils getrennten Gewinnanteilscheins vgl. §. 213 Anm. IIc.

b. **Verschiedene Berechtigung bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens.** Vgl. §. 300 Abs. 2. Die Bestimmung der Satzung „Im Falle der Auflösung der Gesellschaft resp. Liquidation des Gesellschaftsvermögens haben die Inhaber der Stamm-Prioritätsaktien ein Prioritätsrecht an dem verteilungsfähigen Erlöse für das Unternehmen, sodaß sie aus demselben zunächst und vor den Inhabern der Stammaktien befriedigt werden" ist dahin ausgelegt worden, daß kein Sonderrecht eines einzelnen Aktionärs verletzt werde, wenn bei Verkauf des Gesellschaftsvermögens als Ganzes ohne Liquidation (vgl. §. 304, 306) die vorgeschriebenen Mehrheiten eine andere Art der Verteilung beschließen (R.G. XIV, 134; dagegen Ring Art. 209a Anm. 8). Hat eine einzelne Aktiengattung ein Anrecht darauf, daß ihr der Erlös des Gesellschaftsvermögens nach einem bestimmten Verhältnis zufällt, so wird dieses Recht nicht nur dann verletzt, wenn der Gegenwert in die Liquidationsmasse der A.G. fließt und dann nach anderem Verhältnis verteilt wird, sondern auch, wenn die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens unter thatsächlicher Zuwendung des Gegenwerts an die einzelnen Anteilseigner der Aktiengattungen nach einem anderen, für sie nachteiligeren Verhältnis erfolgt (R.G. XIV, 137).

III. **Festsetzung in der Satzung.** Vgl. §. 182 Anm. V. Mithin auch durch Änderung der Satzung (§. 182 Anm. I, R.G. XIV, 141, vgl. jedoch §. 276; nach bisherigem Recht dagegen Johow VIII, 16) mit der hierfür vorgeschriebenen Mehrheit (§. 275). Es genügt nicht, wenn in der Satzung nur allgemein die Zulässigkeit einer Schaffung verschiedener Aktiengattungen vorgesehen ist; vielmehr sind (wie aus der Fassung des §. 185 zu schließen; vgl. auch §. 182 Anm. IVa) die verschiedenen Rechte jeder Gattung im einzelnen bereits in der Satzung festzustellen. In K.B. 61 ist angenommen, es sei unzulässig, zu bestimmen, daß auf Antrag eines Aktionärs durch Verwaltungshandlung des Vorstandes die Umwandlung einer „Aktie" von einer Gattung in die andere erfolgen könne. Vgl. §. 262 Ziff. 3 über Zuzahlungen des Aktionärs zur Erwerbung eines Vorzugsrechts für seinen Anteil; durch diese Bestimmung ist entschieden, daß bei einer bestehenden Gesellschaft auch außer dem Falle der Erhöhung des Grundkapitals Gattungsverschiedenheiten geschaffen werden können (Denkschr. 122).

§. 186.

Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen, Gründungsaufwand.

Jeder zu Gunsten einzelner Aktionäre bedungene besondere Vortheil muß im Gesellschaftsvertrag unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden.

Werden auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten sind, oder werden vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft

übernommen, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Von diesen Festsetzungen gesondert ist der Gesammtaufwand, welcher zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder andere als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird, im Gesellschaftsvertrage festzusetzen.

Jedes Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 209 b. **Entw. I** §. 172. **Entw. II** §. 184.

§. 186.

I. **Sondervorteil eines einzelnen Aktionärs.**

a. **Besonderer Vorteil.** Die Gewährung eines besonderen Vorteils an einzelne Aktionäre (§. 186 Abs. 1) ist im Gesetz unterschieden von Gewährung solcher Vorteile an eine ganze Gattung von Anteilrechten (§. 185). Im ersteren Fall muß der Berechtigte (nach seiner Person) in der Satzung bezeichnet werden, im letzteren Fall nicht. Dennoch ist nicht zweifellos, in welchem Merkmal das Gesetz den Unterschied beider Fälle findet. Man denke z. B. an den Fall, daß ein einzelner Gründer alle Aktien einer bevorzugten Gattung gemäß vorheriger Vereinbarung zu einem mit dem Ausgabebetrag der anderen Aktien übereinstimmenden Ausgabebetrag übernimmt.

Der Unterschied kann nicht etwa darin gefunden werden (so anscheinend Staub), daß im Fall des §. 185 mehrere Anteilrechte in gleicher Weise bevorzugt sein müßten, im Fall des §. 186 Abs. 1 nur ein einzelnes Anteilrecht bevorzugt sein darf. Einerseits schließt §. 185 nicht aus, daß die bevorzugte Gattung nur aus einem Anteilrecht besteht (§. 185 Anm. Id); anderseits ist zwar bestritten, ob §. 186 Abs. 1 anwendbar ist, wenn für alle Aktionäre die gleichen Vorteile bedungen sind (unten Anm. Ic), unbestritten aber, daß §. 186 Abs. 1 anwendbar ist, wenn für mehrere einzelne Aktionäre gleiche Vorteile festgesetzt sind.

Nach Staub Art. 209 b §. 1 gehört zum Wesen der besonderen Vorteile des §. 186, „daß sie den Aktionären als solchen, also verknüpft mit ihrer Aktie, gewährt werden." Das Gesetz enthält indessen keine derartige Beschränkung. Wird mit einer „Aktie", d. h. mit einem Anteilrecht ein besonderer Vorteil verknüpft, so liegt darin jedesmal die Schaffung einer besonderen Aktiengattung. Wäre daher die Ansicht Staubs zutreffend, so würde im Falle des §. 186 Abs. 1 jedesmal auch der Fall des §. 185 vorliegen. Da das Gesetz seine Vorschrift nicht auf einen Vorteil besonderer Art beschränkt, so wird vielmehr anzunehmen sein, daß unter den §. 186 Abs. 1 an sich ein Vorteil jeder Art fallen kann, mithin auch ein Vorteil, welcher dem Aktionär für seine Person, unabhängig von etwaiger späterer Veräußerung des Anteilrechts eingeräumt wird, wie z. B. ein an die Person geknüpfter Gewinnanteil. Da aber jeder nicht an die Person, sondern an das Anteilrecht geknüpfte Vorteil unter §. 185 fallen würde, und doch nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz für denselben Fall zwei von einander abweichende Vorschriften in unmittelbarer Aufeinanderfolge geben wollte, so wird man sogar weiterzugehen haben und im geraden Gegensatz zu Staub sagen

müssen, zum Wesen der besonderen Vorteile des §. 186 Abs. 1 gehöre, daß sie an die Person des Aktionärs geknüpft sind. Durch eine derartige Begriffsbestimmung wird eine klare Unterscheidung von dem Falle des §. 185 gewonnen. Sie wird auch dadurch gestützt, daß §. 192 Abs. 2 in offenbarem Anschluß an die Wortfassung des §. 186 (aber unter Auslassung der im A.D.H. enthaltenen ausdrücklichen Zurückverweisung) von dem Bedingen eines „besonderen Vorteils" spricht, ohne daß dort als notwendig bestimmt ist, daß der Bedingende ein Aktionär ist (§. 192 Anm. II). Entsprechend §. 322 Abs. 3: „besondere Vorteile" des persönlich haftenden Gesellschafters der K.A.G. Vgl. auch §. 317: „besondere Vorteile" für Stimmen in gewissem Sinne oder Nichtabstimmen.

Eine Einschränkung des Begriffs der besonderen Vorteile ergiebt sich hiernach nicht aus der Vergleichung mit §. 185. Wohl aber aus der Vergleichung mit §. 186 Abs. 3. In M. 93 ist zwischen den Fällen des §. 186 Abs. 1 und Abs. 3 wie folgt unterschieden: „Der ersterwähnte berührt unmittelbar nur das Interesse der übrigen einzelnen Aktionäre. Das Vermögen der Gesellschaft wird an sich bei Festsetzung der Teilnahmerechte durch die Bevorzugung des einen Aktionärs nicht geschädigt .... Der zweite Fall trifft das Grundkapital selbst oder belastet unmittelbar die Gesellschaft, indem die Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung bei der Errichtung der Gesellschaft vorweg gegeben wird und das Grundkapital, sei es durch Hingabe von barem Geld oder geldwerten Gegenständen, sei es durch Gewährung von Aktien ohne die Pflicht zur Einzahlung oder Vollzahlung vermindert." [Das letzte vorstehend genannte Beispiel ist, worauf Staub mit Recht aufmerksam macht, ein unmögliches; §. 195 Anm. IVa]. — Nach der allgemeinen Fassung des §. 186 Abs. 1 würde an sich unter den Abs. 1 auch die Gewährung besonderer Vorteile der in §. 186 Abs. 3 genannten Art an Aktionäre fallen. Aus der obigen Stelle der Motive wird indessen zu schließen sein, daß, soweit der §. 186 Abs. 3 anwendbar ist, die Anwendung des §. 186 Abs. 1 ausgeschlossen bleiben soll (dagegen Staub Art. 209b §. 5). Der §. 186 Abs. 1 ist ferner zu beschränken auf Vorteile, welche von der errichteten Gesellschaft gewährt werden sollen; er erstreckt sich nicht etwa auch auf Vorteile, welche ein Gründer dem anderen gewährt (Staub Art. 209b §. 1).

Das Vorliegen eines Falles des §. 186 Abs. 2 (Nichtbareinlage oder Überlassungsvertrag) schließt nicht aus, daß gleichzeitig auch der Fall des §. 186 Abs. 1 vorliegt (so für den Fall der Nichtbareinlage R.G. v. 28. Febr. 1893 J.W. 227).

Zweifelhaft ist, ob man den §. 186 Abs. 1 auch auf eine nach Errichtung der Gesellschaft erfolgte Ausbedingung von Vorteilen anzuwenden hat (unbeschadet der jedenfalls auch für diese Zeit anwendbaren Vorschrift des §. 185). Dafür spricht die unbeschränkte Fassung des §. 186 Abs. 1 (dafür auch Staub Art. 209b §. 1, Ring Art. 209b Anm. 2, Rudorff H.G.B. zu §. 186), dagegen — wohl entscheidend (ebenso M. 129) — der Zusammenhang mit dem nur auf die Zeit vor Errichtung anwendbaren Abs. 2 u. 3 §. 186 (unten Anm. IIe u. IIId), die Nichterwähnung des §. 186 in §. 201 Abs. 4 Satz 1, die (bei obiger Auslegung) nur für die Zeit vor Errichtung zu rechtfertigende Beschränkung der Vorschrift des Abs. 1 auf die Gewährung von Vorteilen an Aktionäre, und die nach Ausgabe von Inhaberaktien schwere Feststellbarkeit, ob der Empfänger des Vorteils Aktionär ist; im Sinne jeder von beiden Meinungen auslegbar ist die Nichtwiederholung der Abs. 1 u. 3 §. 186 bei den Vorschriften über Erhöhung des Grundkapitals, während dem Abs. 2 §. 186 der §. 279 entspricht.

b. **Bedungen.** Gerade das Vorliegen eines besonderen Vertrages (vgl. §. 195 Abs. 2 Ziff. 2), welcher selbständig neben dem Anteilrecht als solchem herläuft, ist wesentlich für §. 186 Abs. 1 (oben Anm. Ia). Wer bedingen, d. h. den Vertrag mit dem bevorteilten Aktionär schließen soll, ist nicht gesagt. Da zur Zeit des Vertragsschlusses noch keine Gesellschaft vorhanden ist, also nicht die Gesellschaft den Vertrag schließen kann, so kann es sich nur um ein Bedingen zwischen dem bevorteilten Aktionär und Gründern handeln. Für die Gesellschaft wird dann dieser Vertrag nicht schon durch die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages", sondern erst mit der Errichtung der Gesellschaft bindend und zwar vermöge der erfolgten Aufnahme der Festsetzung in die Satzung. In allen diesen Beziehungen gilt das Gleiche wie bei dem Vertrage betreffend Übernahme von Vermögensgegenständen (unten Anm. IIIb).

c. **Zu Gunsten einzelner Aktionäre.** Nur die zu Gunsten von Aktionären (d. h. Übernehmern von Grundkapitalanteilen, §. 211 Anm. Ia) bedungenen Vorteile fallen unter §. 186 Abs. 1; der Abs. 3 enthält nicht diese Beschränkung. Streitig ist, ob §. 186 Abs. 1 Anwendung findet, wenn allen ursprünglichen Aktionären gleiche Vorteile zugesichert sind. Die Frage wird zu bejahen sein (dagegen Staub); der Ton liegt nicht auf dem „einzelne"; wesentlich ist vielmehr nur (oben Anm. Ia, b), daß ein besonderer Vertrag mit Aktionären geschlossen wird, und solche Verträge können auch mit jedem Aktionär geschlossen werden. Das „besondere" bezeichnet nur das „neben dem Anteilrecht Vorhandensein." Über Zuwendungen an Nichtaktionäre enthält §. 186 nur die Vorschrift in Abs. 2 bezüglich Übernahmen und in Abs. 3 bezüglich Gründungsaufwand. Auf nicht unter Abs. 2 oder 3 fallende persönliche Zuwendungen an Aktionäre ist Abs. 1 anwendbar. Für nicht unter Abs. 2 oder 3 fallende Zuwendungen an Nichtaktionäre fehlt eine entsprechende Vorschrift. Derartige Zuwendungen so zu gewähren, daß sie mit Errichtung der Gesellschaft unmittelbar bindend für letztere werden, erscheint daher unmöglich, denn als Regel gilt, daß die Gesellschaft erst nach ihrer Errichtung sich vertraglich binden kann, der §. 186 zählt nur Ausnahmen auf. Indessen kann nach Errichtung der Gesellschaft der Vorstand — unter seiner Verantwortung — derartige Zuwendungen an Nichtaktionäre bewirken, und es steht nichts im Wege, ihn hierzu schon durch Bestimmung der ursprünglichen Satzung ausdrücklich zu ermächtigen.

II. **Nicht-Bareinlage.**

a. **Begriff.** Einlage vgl. §. 111 Anm. Ia, §. 178 Anm. III, §. 211 Anm. II. Nicht-Bareinlage (sog. „Sacheinlage") ist jede Einlage, die nicht durch Barzahlung (§. 195 Anm. IVd) geleistet wird. Gegenstand der Einlage kann jeder Wertgegenstand sein, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann (M. 97), insbesondere auch ein Recht, jeder „Gegenstand" (§. 186 Abs. 2), nicht nur jede (körperliche) „Sache" (B.G. §. 90). Bestritten ist, ob das Versprechen der Hingabe eines eigenen Wechsels als mögliche Nicht-Bareinlage zuzulassen, oder ob hierin überhaupt keine „Einlage" (= Einlageversprechen) zu finden ist. Für ersteres H. Makower in Z.f.H. Bd. 36 S. 446, weil der Wechsel ein Wertpapier sei; ebenso Cosack §. 117 III 2, welcher allgemein annimmt, daß der Aktionär als Nichtbareinlage eine erst durch das Einlageversprechen begründete Forderung der Gesellschaft an den Aktionär einlegen könne. Dagegen Pemsel in Z.f.H. Bd. 36 S. 44, weil Einlage nur sein, d. h. als Einlage nur versprochen werden könne, was schon vor der Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert darstelle; ebenso Staub Art. 209b §. 3, Ring Art. 209b Anm. 3. Der letzteren Ansicht und der Begründung Pemsels ist wohl beizu-

treten. Übrigens ist eine Umgehung leicht; es braucht z. B. nur jeder Aktionär das Akzept eines anderen Aktionärs einzulegen. Auch ist selbst bei Zugrundelegung der Ansicht Pemsels die Einlegung einer eigenen Inhaberschuldverschreibung für zulässig zu erachten, denn während für den Wechsel die Begebungslehre von der herrschenden Meinung angenommen wird (Ball, W.O. Anm. 77, 80, 84), ist für die Inhaberschuldverschreibung die Entstehungslehre gebilligt (B.G. §. 794; a. M. Eck, Vorträge), die Inhaberschuldverschreibung ist daher ein Kapital (§. 111 Anm. Ia) schon in der Hand des Einlegers. — Zu beachten ist übrigens, daß die Streitfrage nicht in Beschränkung auf die Einlegung eines eigenen Wechsels, auch nicht in Beschränkung auf Einlegung einer Geldforderung an den Einleger zu stellen ist; die Begründung Pemsels paßt ebenso auf „Beiträge" durch Arbeitsleistungen oder durch Einräumung eines Rechts auf Nutzung der eigenen Sache (beides allerdings in §. 733 Abs. 2 B.G. als „Einlage" bezeichnet; vgl. jedoch H.G.B. §. 111 Anm. Ia, §. 161 Anm. Ic 3), auch auf das Versprechen gewisser Arten von wiederkehrenden Leistungen (H.G.B. §. 212). Abweichend erachtet Rudorff zu §. 186 Abs. 3 für zulässig das Einlegen „persönlicher Bemühung für die Gesellschaft", ebenso Cosack §. 117 III 2 das „Einbringen eigener Dienstleistungen." Esser Anm. 2 läßt nicht Dienstverpflichtungen aber das Abschließen eines Mietvertrages als Einlage zu.

b. **Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf Bareinlage.** Als eine Übernahme, nicht als eine Nicht-Bareinlage, bezeichnet §. 279 die Übernahme mit Abrede der Anrechnung der Vergütung auf die Bareinlage des Überlassers. Der §. 279 enthält für den Fall der Erhöhung des Grundkapitals Bestimmungen, welche denjenigen entsprechen, welche §. 186 Abs. 2 für das ursprüngliche Grundkapital bei Gesellschaftserrichtung giebt; indessen nur betreffs Nichtbareinlage und betreffs Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf Bareinlage, nicht auch betreffs sonstiger Übernahme. Diese Gleichstellung des Falles der Übernahme unter Abrede der Vergütungsanrechnung auf Bareinlage mit dem Falle der Nichtbareinlage ist aber zu verallgemeinern, denn wenn gleichzeitig mit dem Bareinlageversprechen (später wäre es unzulässig, §. 221) verabredet wird, daß nicht bar eingelegt, sondern angerechnet werden soll, so liegt von Anfang an nur ein Nichtbareinlageversprechen vor, und auf die zufällig gewählte Fassung kann es nicht ankommen. — Über die Vereinbarung, daß gegen Überlassung teils Aktien, teils eine bestimmte Vergütung gewährt werden soll, vgl. unten Anm. IIc.

c. **Kein von dem Einlageversprechen zu trennender Vertrag zwischen Nichtbareinleger und Gesellschaft.** Der Nichtbareinleger steht dem Bareinleger gleich bezüglich der Art wie und der Zeit wann das von ihm vor Errichtung der Gesellschaft abgegebene Einlageversprechen zu Gunsten der Gesellschaft in Kraft tritt. Die Zusage einer Nichtbareinlage ist ebenso wie die Zusage einer Bareinlage ein unter der aufschiebenden Bedingung der Gesellschaftserrichtung abgegebenes Einlageversprechen, und in beiden Fällen liegt in der den Beweggrund einer Billigung des Einlageversprechens seitens der Miterrichter voraussetzenden Vornahme der Errichtungshandlung (§. 188 Anm. I) nur die Herbeiführung der bedingenden Thatsache, nicht aber der Abschluß eines neuen gesonderten Vertrages der errichteten Gesellschaft mit dem Einleger (Verein. Civilf. R.G. II, 307); die errichtete Gesellschaft erwirbt die Rechte aus dem Nichtbareinlage-Versprechen unmittelbar mit der Errichtung (vgl. §. 188 Anm. IIc). Die Beifügung, daß der Nichtbareinleger für seine Einlage Grundkapitalanteile in bestimmter Höhe übernimmt, hat nur die Bedeutung einer ungefähren Schätzung des Wertes der Einlage durch Messung dieses Wertes an dem allgemeinen für die Einteilung

des Grundkapitals benutzten Wertmaße (R.G. II, 306), wodurch sich dann die Verhältniszahlen für die Beteiligung jedes einzelnen Einlegers am Grundkapital ergeben. — Nur thatsächlich unterscheidet sich das Versprechen einer Bareinlage von demjenigen einer Nichtbareinlage darin, daß das erstere stets kurz sein wird, das letztere aber unter Umständen eine große Reihe von beschränkenden oder ergänzenden Nebenbestimmungen enthalten kann und daher häufig in eine Fassung gebracht werden wird, welche den bei Verträgen üblichen Fassungen ähnelt. Auch besteht in der Regel im Verhältnis einzelner Beteiligter untereinander ein Vorvertrag über demnächstige Vereinserrichtung oder ein Vereinserrichtungsvertrag, und es ist möglich, daß hierin Abreden über Nichtbareinlegung zu genauerer Feststellung kommen (§. 182 Anm. IIa 1). Nur in diesem Sinne ist in Anwendung auf Nichtbareinlagen (anders in den übrigen Fällen des §. 186; §. 182 Anm. IIa 2) die Bestimmung des §. 195 Abs. 2 Ziff. 2 auszulegen, daß „im Falle des §. 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind" der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister beizufügen sind. — Das vorstehend bezüglich der Nichtbareinlage Gesagte ist auch auf diejenige Übernahme anzuwenden, für welche die Anrechnung der Vergütung auf Bareinlage vereinbart ist (oben Anm. IIb; vgl. R.G. XXIV, 22). Anders dagegen bei sonstigen Übernahmen (unten Anm. IIIb). Ist bestimmt, daß der Einlegende in Höhe eines Teiles des eingelegten Wertes Aktien, in Höhe eines anderen Teiles eine sonstige Vergütung (z. B. durch Barzahlung oder Schuldübernahme) erhalten soll, so liegt ein gemischtes Rechtsgeschäft vor; in dem ersten Teil liegt eine Nichtbareinlage, in dem zweiten Teil ein Überlassungsvertrag (R.G. v. 27. Mai 1895 J.W. 332).

d. **Einwirkung der Einbringung auf Rechte Dritter.** Inwieweit durch das (forderungsrechtliche) Einlageversprechen oder durch die (sachenrechtliche) Einbringung Rechte Dritter an den versprochenen oder eingelegten Gegenständen berührt werden, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Hiernach bleibt das Recht Dritter unberührt durch das Einlageversprechen; es bleibt unberührt durch die Einbringung soweit der errichteten Gesellschaft nicht die Grundsätze über den Rechtserwerb gutgläubiger Dritter zur Seite stehen. Gehörten z. B. einzelne eingebrachte Sachen nicht den Einbringern, oder ruhten auf ihnen dingliche Rechte, so ist (mit obiger Beschränkung) der Eigentümer bezw. der dinglich Berechtigte unbehindert, seine Ansprüche gegen die Gesellschaft zu verfolgen; dasselbe gilt von einem Anfechtungsanspruch wegen Benachteiligung der Gläubiger des Einbringers durch die Einbringung (R.G. XXIV, 24).

e. **Unanwendbarkeit auf die Zeit nach Errichtung.** Die Bestimmung des §. 186 Abs. 2 über Nicht-Bareinlagen enthält keine ausdrückliche Beschränkung auf die Zeit der Gesellschaftserrichtung. Da jedoch bei Gesellschaftserrichtung die Art der Einlage bereits feststehen muß (§§. 188, 195 Abs. 3), und eine nachträgliche Übernahme in Anrechnung auf die Einlage ausgeschlossen ist (§. 221 Satz 2), da ferner für den Fall der Erhöhung des Grundkapitals besondere Bestimmungen gelten (§. 279), so ist die Anwendbarkeit der Vorschrift des §. 186 Abs. 2 über Nichtbareinlagen thatsächlich dennoch auf den Fall der nicht baren Einlage bei Gesellschaftserrichtung beschränkt. Ein zwischen den Gleichgründern nach erfolgter Errichtung durch Gleichgründung aber vor Eintragung der Gesellschaft geschlossener Nachtragsvertrag, wonach ein Aktionär statt der ursprünglich vereinbarten Bareinlage eine Nicht-Bareinlage leisten und demgemäß die Satzung abgeändert sein solle, ist unwirksam gegenüber der Gesellschaft, da die Gründer nicht die Gesellschaft vertreten können, und

die Gesellschaft bereits gleichzeitig mit der Errichtung das Recht auf die vereinbarte Bareinlage erworben hat (vgl. R.G. XXI, 244), auch eine nachträgliche Änderung der Barzahlungspflicht unzulässig ist (§. 221). Entsprechend auch bei Stufengründung. Ein solcher Vertrag kann jedoch unter Umständen dahin ausgelegt werden, daß davon, die ursprünglich errichtete Gesellschaft zur Entstehung als A.G. zu bringen, Abstand genommen und statt dessen eine neue Gesellschaft mit anderen Einlagen errichtet werde (R.G. XXI, 248). Bei Stufengründung ist eine Änderung der in der Satzung festgesetzten Bareinlage in eine Nicht-Bareinlage selbst vor Errichtung nur mit Einwilligung aller, auch der nicht in der errichtenden Generalversammlung erschienenen Zeichner zulässig. Über die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des §. 196 Abs. 5 auf eine völlig neue Aufnahme von Festsetzungen der in §. 186 vorgesehenen Art auszudehen ist, vgl. §. 196 Anm. III b 3.

III. **Übernahme von Vermögensgegenständen.**

a. **Begriff.**

1. **Übernahme.** Unerheblich ist (hierin liegt ein Unterschied vom Falle des §. 279), von wem die zu errichtende Gesellschaft übernimmt, ob von einem „Aktionär" (d. h. Übernehmer eines Grundkapitalanteils, §. 211 Anm. I a) oder von einem Dritten, ausgenommen, wenn im ersteren Fall gleichzeitig die Anrechnung der Überlassungsvergütung auf die Einlage vereinbart wird (oben Anm. II b). Nicht nur der Vertrag über eine sofort zu bewirkende Übernahme, sondern auch ein bedingter oder befristeter Übernahmevertrag fällt unter §. 186 Abs. 2 (Johow X, 32). Die Gesellschaft kann vor ihrer Errichtung überhaupt keinen sie endgiltig bindenden Übernahmevertrag schließen (R.G. XXXVI, 111); die Wirksamkeit jedes vorher geschlossenen Übernahmevertrages für die Gesellschaft ist vielmehr, ebenso wie überhaupt die Wirksamkeit der festgestellten Satzung (§. 182 Anm. III a) aufschiebend bedingt durch die Errichtung der Gesellschaft, tritt aber mit derselben unmittelbar ein, ohne daß es eines erneuten Vertragsabschlusses mit der Gesellschaft bedarf (R.G. XVIII, 65).

2. **Anlagen, Vermögensgegenstände.** Der Begriff der „Anlage" im §. 186 Abs. 2 ist gleichbedeutend mit dem Begriff der „dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmten Anlage" in §. 207; die Hinzufügung der erläuternden (Denkschr. 130) Worte war in §. 186 nicht erforderlich, weil hier für alle Vermögensgegenstände (oben Anm. II a) dasselbe verordnet ist, und die Anlagen nur als Beispiel genannt sind (§. 208 Anm. II a). Gegenstand der Übernahme (abweichend von der Einlage) können auch Dienste sein (Lehmann, Recht der A.Gen. I, 375 gegen Behrend §. 107 bei Anm. 13).

b. **Übernahmevertrag.** Während im Fall der Einlegung (baren oder nicht baren und „Übernahme" mit Vergütungsanrechnung) nicht von einem „Vertrag" zwischen dem Einleger und der errichteten Gesellschaft gesprochen werden kann (oben Anm. II c, §. 182 Anm. II a 2, §. 188 Anm. I), handelt es sich bei der Übernahme (ohne Vergütungsanrechnung auf Einlage) um einen wirklichen Vertrag mit dem Überlasser. Wer den Vertrag mit dem Überlasser abschließt, dafür kann eine allgemeine Regel nicht gegeben werden. Mitunter werden dies alle Feststeller der Satzung, mitunter nur einzelne Gründer, mitunter selbst Nichtgründer thun. Der Vertrag kann auch inhaltlich verschieden sein. Meist wird er aufzufassen sein als ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (der zu errichtenden Gesellschaft) mit der Abrede unmittelbaren Rechtserwerbs seitens der zu errichtenden Gesellschaft unter der Voraussetzung und aufschiebenden Bedingung der Errichtung (B.G. §. 328). Die Rechte, welche von der Gesellschaft so erworben

werden, sind — im Unterschied vom Fall der Einlage — vertragliche Rechte; bei Übernahme besteht daher auch zwischen Überlasser und Gesellschaft ein vertragliches Verhältnis.

c. **Vergütung.** Die wahre (und daher in der Satzung festzusetzende) Vergütung ist die von allen Vertragschließenden des Übernahmevertrages gewollte (R.G. in Strff. XVIII, 108; vgl. R.G. XXVI, 37). Ist zwischen dem Überlasser und einem anderen Vertragschließenden, ohne Wissen der übrigen Beteiligten vereinbart, daß ein Teil der von der Gesellschaft zu gewährenden Vergütung seitens des Überlassers jenem anderen Vertragschließenden gezahlt werden solle, so ist eine Zustimmung des letzteren zu der Gewährung der vollen in der Satzung genannten Vergütung an den Überlasser nicht als unbedingte vorhanden. Würde in solchem Falle in der Satzung die Gewährung der vollen Vergütung ohne Erwähnung des Nebenvertrages festgesetzt, so wäre diese Festsetzung eine unvollständige und mithin der Gesellschaft gegenüber unwirksame (§. 186 Abs. 4), die Unterlassung der Erwähnung in der Gründererklärung (§. 191) würde unter Umständen auch strafbar sein (§. 313 Abs. 1 Ziff. 1, R.G. in Strff. XVIII, 111).

d. **Übernahme nach Errichtung.** Der auf Übernahmen bezügliche Teil des §. 186 Abs. 2 enthält eine ausdrückliche Beschränkung auf eine zu errichtende Gesellschaft. Für Übernahmen nach Errichtung kommen in Betracht nur die beschränkenden Bestimmungen über Nachgründungen (§§. 207, 208) und über eine unter Anrechnung auf Einlagen erfolgte Übernahme bei Erhöhung des Grundkapitals (§. 279). Insoweit die Voraussetzungen für diese Bestimmungen im Einzelfall nicht zutreffen, unterliegt eine Übernahme nach Errichtung der Gesellschaft keinen anderen Vorschriften als den allgemeinen für jeden Vertrag (R.G. XLI, 125), gleichgiltig ob der Überlasser Aktionär ist oder nicht (vgl. jedoch §. 208 Anm. Ia).

IV. **Gemeinsame Sicherungsvorschriften bei Nicht-Bareinlagen und bei Übernahmen.** Liegt der Fall des §. 186 Abs. 2 vor, so sind (§. 186 Abs. 2) im Gesellschaftsvertrag festzusetzen: 1. der eingelegte oder übernommene Gegenstand, 2. die Person des Einlegers oder Überlassers, 3. die gewährten Grundkapitalanteile bezw. die gewährte Vergütung. Dieselben Festsetzungen müssen in den Zeichnungsschein aufgenommen werden (§. 189 Abs. 3 Ziff. 1). Die in §. 191 vorgeschriebene Gründererklärung ist abzugeben. Eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren ist erforderlich (§. 192 Abs. 2). Die zu Grunde liegenden Verträge sind bei der Anmeldung miteinzureichen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 2). Bei der im Falle der Stufengründung (§. 189) zu berufenden errichtenden Generalversammlung muß auch eine Mehrheit der nicht gemäß §. 186 bevorrechtigten Aktionäre für die Errichtung stimmen (§. 196 Abs. 4). Die getroffenen Festsetzungen sind vom Registergericht nach Eintragung der Gesellschaft zu veröffentlichen (§. 199 Ziff. 1). Für Richtigkeit und Vollständigkeit der diesbezüglichen Angaben haften die Gründer (§. 202 Abs. 1) und die Ausgeber (§. 203), für bösliche Schädigungen der Gesellschaft durch derartige Einlagen oder Übernahmen die Gründer (§. 202 Abs. 1, 2) und jeder zu dieser Schädigung wissentlich mitwirkende Dritte (§. 202 Abs. 4 Ziff. 2).

V. **Gründungsaufwand.** Der §. 186 Abs. 3 behandelt das zu Lasten der Gesellschaft, der §. 186 Abs. 1 das in Beeinträchtigung der Gleichberechtigung anderer Aktionäre Gewährte (oben Anm. Ia); der Abs. 3 unterscheidet nicht, ob ein Aktionär oder ein Dritter der Empfänger ist, der Abs. 1 behandelt nur die Zuwendung eines Vorteils an einen Aktionär. Im Falle des Abs. 3 ist abweichend von den Fällen der Absätze 1 und 2 nur der Gesamtaufwand, ohne Nennung der einzelnen Empfänger und ohne Erwähnung der einzelnen zugewendeten Beträge, in der

Satzung zu vermerken; doch muß dann bei Anmeldung der Gesellschaft eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind, eingereicht werden (§. 195 Abs. 2 Ziff. 2). Zweifelhaft ist, was unter „Aufwand" zu verstehen. Staub Art. 209b §. 5 versteht hierunter anscheinend jede Gegenleistung und rechnet hierher z. B. auch die Einräumung fortlaufender Gewinnbezüge. Wollte man einer so weiten Auslegung folgen, so würde für den §. 186 Abs. 1 kaum irgend ein selbständiger Inhalt übrig bleiben. Deshalb wird wohl „Aufwand" enger auszulegen und darunter (wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch) nur dasjenige zu verstehen sein, dessen Betrag bereits feststeht. Das „gewährt wird" deutet nur auf den künftigen Zeitpunkt der Errichtung oder der Entstehung der Gesellschaft, nicht aber darüber hinaus. Wird daher ein persönliches Recht auf fortlaufende Gewinnbezüge einem Aktionär eingeräumt, so wird anzunehmen sein, daß dies unter §. 186 Abs. 1, nicht Abs. 3, fällt, selbst wenn jene Einräumung als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung erfolgt ist. Wird ein solches Recht einem Nichtaktionär eingeräumt, so ist eine ausdrückliche, diesen Fall treffende Bestimmung in §. 186 überhaupt nicht zu finden (oben Anm. Ic). — Aufzuwerfen ist ferner die Frage, wie diejenigen Unkosten zu behandeln sind, welche zwischen Feststellung der Satzung und Eintragung der Gesellschaft entstehen. Einige dieser Unkosten sind in gewissen Fällen unvermeidbar, andererseits ist doch nicht deren genauer Betrag vorauszusehen. So bezüglich der Vergütung der Revisoren, der Kosten der Zeichnung, der Berufung der den Aufsichtsrat und Vorstand wählenden und der errichtenden Generalversammlung. Diese Unkosten fallen nicht unter den Begriff einer „Entschädigung für die Gründung oder deren Vorbereitung", und sind daher jedenfalls nicht gemäß §. 186 Abs. 3 in der Satzung mit zu berücksichtigen (dagegen bezüglich der Revisorenvergütung Rudorff zu §. 194 Abs. 2); anderenfalls würde ein Kreislauf geschaffen, der stete Änderung der Satzungsfeststellung und infolge dieser Änderung wieder das Entstehen neuer Unkosten nötig machen würde. Zweifelhaft ist allerdings, wo die Grenze zu ziehen ist.

VI. **Wirkung der Unterlassung der vorgeschriebenen Festsetzung.** Nach §. 186 Abs. 4 hat die Unterlassung der vorgeschriebenen Festsetzung in der Satzung die Folge, daß das Abkommen über Sondervorteile eines Aktionärs, Nichtbareinlagen, Übernahmen oder Gründungsaufwand unwirksam gegenüber der Gesellschaft ist. Im Verhältnis der einzelnen Gründer, Miterrichter, Einleger, Überlasser, Aufwandsempfänger untereinander bleibt dagegen das Abkommen wirksam (R.G. XXXVI, 111), und es hängt von dem Inhalt des letzteren ab, wieweit daraus etwa Ansprüche jener Personen gegeneinander sich herleiten lassen (M. 98). Aus der allgemeinen Fassung des §. 186 Abs. 4 wird zu schließen sein, daß auch soweit ein nicht gehörig in der Satzung festgesetztes Abkommen vorteilhaft für die Gesellschaft sein würde, es für sie unwirksam ist, so daß ebensowenig die Gesellschaft wie der andere sich auf ein solches Abkommen stützen kann. Zu beachten ist, daß §. 186 Abs. 2 und 3 nur Festsetzung bestimmter wesentlicher Punkte fordern, und daß §. 186 Abs. 4 nur auf die Erfordernisse des §. 186 Abs. 1—3 zurückverweist, also in den Fällen des §. 186 Abs. 2 und 3 nicht etwa die Aufnahme des ganzen Abkommens mit allen Nebenabreden in die Satzung verlangt (vgl. auch R.G. XXI, 247). Hieraus ist durch Gegenschluß zu folgern, daß wenn nur jene bestimmten Punkte des Abkommens in die Satzung aufgenommen sind, das ganze Abkommen, einschließlich der nicht aufgenommenen Nebenabreden, wirksam für die Gesellschaft wird (dagegen wohl Cosack §. 115 III 2a). (In dieser Beziehung genügen die Sicherungsvorschriften der §§. 191, 192 Abs. 2, 195 Abs. 2 Ziff. 2,

202, 203). Auch bezüglich der Nebenabreden und etwa erteilter Zusicherungen ist indessen zu unterscheiden zwischen denjenigen, welche als Teil des mit der Absicht einer Wirkung für die Gesellschaft getroffenen Abkommens aufzufassen sind, und denjenigen, welche nur im Verhältnis eines Miterrichters oder Mitvertragschließenden zu einer anderen einzelnen Person und nicht mit der Absicht der Bindung gegenüber der Gesellschaft abgegeben sind. Erstere gelten für und gegen die Gesellschaft, letztere nicht (R.G. XVIII, 66 ff.; nicht allen einzelnen Ausführungen dieses Urteils ist zuzustimmen).

Gründer. §. 187.

Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

A.D.H. Art. 209c. **Entw. I** §. 173. **Entw. II** §. 185.

§. 187.

Aktionäre, vgl. §. 211 Anm. 1 a. Feststellung des Gesellschaftsvertrages (= der Satzung) vgl. §. 182 Anm. III. Nicht-Bareinlage vgl. §. 186 Anm. II a. Auch Übernehmer von Grundkapitalanteilen für fremde Rechnung können Gründer sein (§. 182 Anm. II b). — Der gesetzliche Vertreter, welcher für einen Geschäftsunfähigen gehandelt hat, ist nicht seinerseits Gründer (dagegen K.G. Berlin v. 3. Sept. 1889 Z.f.H. Bd. 40 S. 471).

Gleichgründung. §. 188.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so gilt mit der Uebernahme der Aktien die Gesellschaft als errichtet.

Soweit die Uebernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags erfolgt, kann sie in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung unter Angabe der Beträge, welche die einzelnen Gründer noch übernehmen, bewirkt werden.

A.D.H. Art. 209d. **Entw. I** §. 174. **Entw. II** §. 186.

§. 188.

I. **Errichtungshandlung** (bei Gleich- oder Stufengründung). Die Errichtungshandlung ist für die A.G. dasjenige, was dem Gesellschaftsvertrag bei der Gesellschaft des B.G. und bei der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft entspricht. Die Errichtungshandlung ist jedoch kein Gesellschaftsvertrag im Sinne des B.G., weil die A.G. überhaupt keine Gesellschaft im Sinne des B.G. ist (Vorbem. II zu Buch II Abschn. 3). Die Errichtungshandlung bei der A.G. ist vielmehr ein besonderer Fall der Errichtungshandlung bei Vereinen (R.G. XVIII, 66). Ob die Vereinserrichtung ein Vertrag (insbesondere ein Vertrag über Leistung an einen Dritten mit dessen sofortigem Rechtserwerb, B.G. §. 328) ist oder eine eigenartige Form der Begründung von Schuldverhältnissen darstellt, ist bestritten (dahingestellt R.G. XVIII, 66, XXIV, 23; für erstere Ansicht R.G. XLI, 283: „Aktiengesellschaftsvertrag"; eher für letztere Ansicht R.G. XXXI, 21, Lehmann, Recht der A.Gen. I, 348, Cosack §. 115 V 2 d, h; vgl. auch §. 182 Anm. II a). In einer einheitlichen Handlung (Übernahme bei Gleichgründung, Errichtungsbeschluß

bei Stufengründung) schaffen die Handelnden die (abgesehen von Anmeldung und Eintragung) letzte einer Reihe von Voraussetzungen für das Bestehen der A.G. und erklären sich gleichzeitig zu Mitgliedern derselben mit den aus der Satzung und der Übernahmeerklärung oder Zeichnung jedes einzelnen sich ergebenden Rechten und Pflichten (R.G. XXXI, 21). Die Anteilrechte entstehen bereits gleichzeitig mit der Gesellschaftserrichtung (R.G. XLI, 13); darum kann es nicht so angesehen werden, als sei die errichtete Gesellschaft nur vertraglich zur Einräumung jener Anteilrechte als einer Gegenleistung für das Einlageversprechen verpflichtet (R.G. XXXI, 21; vgl. XL, 49). Das Anteilrecht jedes Grundkapitalanteil-Übernehmers steht ihm nicht vermöge eines Anspruchs gegen die Miterrichter zu, sondern ist eine sich von selbst ergebende Folge seiner eigenen Mitwirkung bei Errichtung (R.G. XXXI, 23). — Der Errichtungshandlung kann ein Vorvertrag über Vereinserrichtung vorhergehen, abgeschlossen zwischen einzelnen oder allen Beteiligten, und nur Rechte zwischen diesen erzeugend.

II. **Errichtung der Gesellschaft.**

a. **Zeitpunkt.** Die Errichtung ist die vom Gesetz an die Errichtungshandlung (Anm. I.) geknüpfte Wirkung (R.G. XXXI, 21). Die Errichtung erfolgt unmittelbar mit der Errichtungshandlung; nicht bereits durch die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§. 182 Anm. III a). Bei Gleichgründung erfolgt die Errichtung mit der in vorgeschriebener Form erfolgenden Übernahme aller Grundkapitalanteile durch die Gründer (§. 188 Anm. III a), bei Stufengründung erst durch Beschluß der errichtenden Generalversammlung (§. 196 Abs. 4).

b. **Rechtsstellung der Gesellschaft zwischen Errichtung und Entstehung.** Durch die Errichtung entsteht ein Verein, keine Gesellschaft im Sinne des B.G., denn nur auf das Entstehen der ersteren Rechtsform war der Wille aller Beteiligten gerichtet. (Für das bisherige Recht ähnlich Ring Art. 211 Anm. 1, R.G. XXI, 250, für den Fall der Genossenschaft R.G. XXXIX, 29; dagegen Staub Art. 209 d §. 2). Der so entstandene Verein ist indessen ein nicht rechtsfähiger, und für denselben gilt daher das in B.G. §. 54 für alle nicht rechtsfähigen Vereine Bestimmte. Der §. 54 Satz 2 B.G. ist übrigens in verallgemeinerter Fassung in §. 200 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. wiederholt. „Rechtsfähig" (im Sinne des B.G.) wird der Aktienverein erst durch Eintragung, und dies ist im H.G.B. als „Entstehen der Aktiengesellschaft" bezeichnet (§. 200 Abs. 1). Ebenso wie ein nichtwirtschaftlicher nicht rechtsfähiger Verein durch Eintragung in das Vereinsregister (B.G. §. 21) nur seine Befähigung zu bestimmten Rechtshandlungen ändert, nicht aber ein anderer wird, ebenso ist die Ansicht (R.O.H. IV, 313, VII, 272) zu verwerfen, daß durch die Errichtung der A.G. eine besondere „Gründergesellschaft" oder ein besonderer „Gründungsverein" entstehe, welcher von dem späteren rechtsfähigen Aktienverein verschieden sei und auf letzteren die erworbenen Rechte nur nach Art einer Allgemeinnachfolge übertrage (ähnlich für das bisherige Recht Ring Art. 211 Anm. 1). — Bei Stufengründung muß (allerdings wohl nur für bestimmte Gruppen möglicher Rechtshandlungen) das Bestehen eines nicht rechtsfähigen Vereins schon vor Errichtung angenommen werden; spätestens mit Herstellung einer geordneten Vertretung durch Wahl von Vorstand und Aufsichtsrat (§. 190 Abs. 1, 2), vielleicht aber sogar schon seit Berufung der ersten Generalversammlung durch die Gründer (§. 190 Abs. 2, 3) oder seit Zuteilung aller Grundkapitalanteile auf die Zeichner (§. 189 Anm. II). — Über einzelne Folgerungen aus dieser Rechtsstellung der Gesellschaft vor Eintragung vgl. §. 200 Anm. II.

c. **Rechtserwerb durch Errichtung.** Durch die Errichtung tritt die errichtete „Gesellschaft" in die aus der Mitgliedschaft der Grundkapitalanteil-Übernehmer

(Bareinleger und Nichtbar-Einleger) gemäß der Satzung folgenden Rechte und Pflichten gegen diese Mitglieder, ferner auch in die gemäß §. 186 in der Satzung zur Festsetzung gekommenen Rechte und Pflichten aus den für die zu errichtende Gesellschaft geschlossenen Verträgen (§. 186 Abs. 1, 2 soweit Übernahme, 3). Bezüglich der gemäß §. 186 für die zu errichtende Gesellschaft vereinbarten Rechte und Pflichten (sowohl vertragliche, wie auch aus der Mitgliedschaft und dem Einlageversprechen folgende) ist keine besondere Übertragungshandlung (etwa seitens der Gründer) erforderlich (R.G. XXIV, 22). Hiermit nicht zu verwechseln ist die andere Frage, ob für die Ausführung des Einlageversprechens durch thatsächliche Einbringung noch eine besondere Übertragungshandlung des Einlegers an die errichtete A.G. erforderlich ist. Die letztere Frage ist zu bejahen, soweit nicht etwa schon gleichzeitig mit dem Einlageversprechen auch die thatsächliche Einlegung in einer für die Übertragung des eingelegten Gegenstandes (z. B. Forderungen) genügenden Form erklärt ist (§. 111 Anm Ia).

III. **Gleichgründung.**

a. **Begrifflicher Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung.** Den Fall der Gleichgründung (=Simultangründung) behandeln §§. 188, 190 Abs. 1, den Fall der Stufengründung (=Sukzessivgründung) §§. 189, 190 Abs. 2, 195 Abs. 2 Ziff. 3, 196, 197. Nach den im Gesetz gebrauchten Worten könnte es scheinen, als ob der Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung darin bestehen solle, daß bei ersterer nur Gründer, bei letzterer Gründer und Nichtgründer Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. IIIa) übernehmen. Vgl. §. 188 Abs. 1, §. 190 Abs. 1 (§. 199 Abs. 1 Ziff. 3): „Übernehmen die Gründer alle Aktien, ..."; §. 189 Abs. 1, §. 190 Abs. 2 (§. 195 Abs. 2 Ziff. 3, §. 196 Abs. 1): „Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien, . . ." Dies ist indessen nicht der Sinn des Gesetzes. Zwar kann Gleichgründung nur vorliegen, wenn alle Erwerber von Grundkapitalanteilen „Gründer" (§. 187) sind. Nicht aber ist auch umgekehrt richtig, daß, wenn alle Erwerber von Grundkapitalanteilen „Gründer" sind, notwendig Gleichgründung vorliegt. Das H.G.B. braucht den Ausdruck „Aktien übernehmen" nicht in dem weiten Sinne, wonach hierin sowohl das Übernehmen durch Verhandlung mit den Gründern, wie das Übernehmen durch Zeichnung eingeschlossen ist. Vielmehr stellt das H.G.B. das „Übernehmen von Aktien" dem „Zeichnen von Aktien" als etwas Verschiedenes gegenüber Demnach ist das „Übernehmen von Aktien" im Sinne des H.G.B. nur ein Übernehmen in bestimmter Form (gemeinsamer gerichtlicher oder notarieller Verhandlung), und diese in §. 188 Abs. 2 erwähnte Form der Übernahme ist in Wahrheit nicht — was sie nach der Fassung des Gesetzes scheinen könnte — eine Folge der Gleichgründung; die Beobachtung dieser Form ist vielmehr eines der Merkmale für die Begriffsbestimmung. Auch die Fassung des Einganges von §. 189 (und der entsprechenden Stellen) ist nicht ganz deutlich. Das „nicht" gehört nicht — worauf seine Stellung hinweisen könnte — zu „alle", vielmehr zu „übernehmen". Eine Stufengründung (§. 189) liegt daher vor, auch wenn nur Gründer den nicht „übernommen" Teil der Grundkapitalanteile zeichnen. — Gegen das Vorliegen einer Gleichgründung spricht nicht der Umstand, daß die Gründer vor der durch sie in gemeinsamer Verhandlung erfolgten Übernahme aller Grundkapitalanteile Einschreibungen in eine Liste entgegengenommen haben, welche zu dem Zwecke aufgelegt war, eine vorläufige Übersicht darüber zu gewinnen, welche Personen geneigt sein würden, demnächst (durch Weiterübertragung) die zu schaffenden Anteilrechte zu erwerben (R.G. XLI, 13).

b. **Form der Übernahmeverhandlung.** Die Übernahmeerklärung (§. 182 Anm. II) kann mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft (vgl. §. 182 Anm. IIa 2)

frühestens gleichzeitig mit Feststellung der Satzung (§. 182 Anm. IIIa) abgegeben werden; sowohl bei Feststellung der Satzung (§. 182 Abs. 1), wie auch in einer späteren Verhandlung (§. 188 Abs. 2). Für die Übernahme bei Satzungsfeststellung schreibt §. 182 Abs. 1 mittelbar, für die Übernahme nach Satzungsfeststellung schreibt §. 188 Abs. 2 unmittelbar eine bestimmte Form vor. Bei stillschweigender Anerkennung des Übernehmers trotz Nichtbeobachtung der Form kommt die Bestimmung des §. 189 Abs. 4 Satz 2 zu entsprechender Anwendung (R.G. XXVI, 73). In der Reichstagskommission war beantragt, in §. 188 Abs. 2 auch die Angabe der übernommenen Gattung vorzuschreiben (wie entsprechend in §. 182 Abs. 1 und §. 189 Abs. 2); der Antrag wurde jedoch zurückgezogen; aus welchem Grunde, ist nicht ersichtlich (K.B. 63). Ob eine spätere Übernahme in einer Verhandlung erfolgen muß, oder in mehreren Verhandlungen erfolgen kann, in deren jeder nur ein Teil des bei Satzungsfeststellung nicht übernommenen Restes der Grundkapitalanteile übernommen wird, ist bestritten. Für ersteres Staub Art. 209d §. 1 und Ring Art. 209d Anm. 2, für letzteres Behrend §. 100 Anm. 9 und Rudorff zu §. 188 Abs. 2. Der ersteren Ansicht wird beizupflichten sein. Das „einer" in §. 188 Abs. 2 ist als gewollte Beschränkung auszulegen. Immerhin wird anzunehmen sein, daß die Form der gemeinsamen Verhandlung der Gründer zu jeder Zeit noch nachgeholt werden kann, selbst wenn inzwischen schon zur Zeichnung aufgefordert war. Auch sind berichtigende Nachträge zur Übernahmeverhandlung für zulässig zu erachten (R.G. XXVI, 73). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen kann bei Gleichgründung nur mit Genehmigung aller übrigen Übernehmer erfolgen. Die nachträglich erfolgte Übernahme eines bisher noch nicht übernommenen Grundkapitalanteils wird daher voll wirksam erst, sobald die Genehmigungserklärungen aller übrigen Übernehmer in vorgeschriebener Form abgegeben sind (vgl. M. 99: „in welcher die sämtlichen Gründer erklären"). Auch bezüglich dieser Genehmigungserklärungen wird man nach Obigem (vgl. auch §. 182 Anm. IIIc) anzunehmen haben, daß sie in derselben Verhandlung wie die Übernahmeerklärung abgegeben werden müssen (ebenso Ring Art. 209d Anm. 1).

c. **Wirkung der Gleichgründung.** Werden sämtliche Grundkapitalanteile durch Gründer in gemeinschaftlicher Verhandlung übernommen, so hat dies die Folge, daß die Gesellschaft „errichtet" ist. Das „gilt als errichtet" in §. 188 Abs. 1 hat keine andere Bedeutung als „ist errichtet." Über die Rechtsverhältnisse zwischen Errichtung und Entstehung vgl. oben Anm. IIb.

§. 189.

Stufengründung. Zeichnung.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der übrigen Aktien vorherzugehen.

Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus der die Betheiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Aktien ausgegeben werden, nach dem Betrag oder der Gattung der Aktien hervorgehen muß.

Die Erklärung (Zeichnungsschein) soll doppelt ausgestellt werden; sie hat zu enthalten:

1. den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags, die im §. 182 Abs. 2 und im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere

Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;

2. den Namen, Stand und Wohnort der Gründer;
3. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktie stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist.

Zeichnungsscheine, welche diesen Inhalt nicht vollständig haben oder außer dem unter Nr. 4 bezeichneten Vorbehalte Beschränkungen in der Verpflichtung des Zeichners enthalten, sind nichtig. Erfolgt ungeachtet eines hiernach nichtigen oder wegen verspäteter Errichtung der Gesellschaft unverbindlichen Zeichnungsscheins die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so ist der Zeichner, wenn er auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung in der Generalversammlung, die zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen wird, stimmt oder später als Aktionär Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt, der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet.

Jede nicht in dem Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 209e. **Entw. I** §. 175. **Entw. II** §. 187.

§. 189.

I. **Stufengründung.**

a. **Begrifflicher Unterschied zwischen Gleichgründung und Stufengründung.** Vgl. §. 188 Anm. III a.

b. **Prospekt.** Die Veröffentlichung eines Prospekts als Grundlage der Zeichnung ist nicht vorgeschrieben. Über die Notwendigkeit eines Prospekts bei Stellung des (erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister statthaften) Antrages auf Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vgl. Börsenges. v. 22. Juni 1896 (R.G.Bl. 157) §. 38. Über die Haftung für den Inhalt des Prospekts vgl. §. 203 Anm. III b.

II. **Zeichnung.** Die Zeichnung ist ein besonderer Fall der Erklärung einer Übernahme von Grundkapitalanteilen (§. 182 Anm. II). Auch sie enthält zwei Bestandteile (§. 182 Anm. II a), eine Übernahmeerklärung gegenüber einzelnen Personen (§. 182 Anm. II a 1) und eine Übernahmeerklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft (§. 182 Anm. II a 2). Bei der Zeichnung sind diese einzelnen Personen diejenigen, welche zur Zeichnung auffordern, in der Regel also die Gründer (§. 187). Die Aufforderung zur Zeichnung ist im Zweifel (Lehmann, Recht der A.Gen. I, 340) kein bindendes Angebot, sondern eine Aufforderung zur Einsendung von Angeboten (M. 104; §. 202 Abs. 3 gegen Str. Bd. 46 S. 106); denn die Zahl der Zeichnungen ist nicht vorauszusehen, die Zahl der zur Verfügung stehenden Grundkapitalanteile aber beschränkt (Simon in Z.f.H. Bd. 36 S. 357). Erst die Zeichnung ist dann das Angebot gegenüber den Aufforderern, Grundkapitalanteile übernehmen zu wollen (Ring Art. 209e Anm. 1). Die Annahme dieses Angebots erfolgt durch die Zuteilung der Grundkapitalanteile an einzelne Zeichner seitens der Aufforderer (vgl. §. 202 Abs. 3). Auf Grund welcher unter den mehreren einzelnen Zeichnungen eine entsprechende Zuteilung erfolgen soll, können im Zweifel die Aufforderer nach ihrer Willkür entscheiden (Staub Art. 209e

§. 13). Nach erfolgter Zuteilung sind im Zweifel die Aufforderer den einzelnen Zeichnern verpflichtet, bei Berufung von Generalversammlungen (§§. 190, 197) und bei Anmeldung der Gesellschaft (§. 195 Abs. 2 Ziff. 3) sie in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die anderen Übernehmer von Grundkapitalanteilen. Nur wenn zur Zeit der Zuteilung die zuteilenden Gründer die Zahlungsunfähigkeit eines Zeichners kannten, haften sie der Gesellschaft für einen hierdurch entstehenden Ausfall (§. 202 Abs. 3). Für die Frage, bis wann das in der Zeichnung liegende Angebot an die Aufforderer bindend für die Zeichner ist, kommen die allgemeinen Regeln des B.G. §§. 145 ff. über Vertragsangebote zur Anwendung. Der im Zeichnungsschein anzugebende „Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist", enthält nur eine Bestimmung darüber, daß der Zeichner auch noch nach erfolgter Zuteilung nicht auf unbegrenzte Zeit gebunden sein soll. — Werden nicht alle Anteile gezeichnet, so können nicht (wie Ruborff zu §. 189 Abs. 1 annimmt) die Gründer den nicht gezeichneten Rest durch Verhandlung gemäß §. 188 Abs. 2, vielmehr gleichfalls nur durch Zeichnung übernehmen. Die Form der Verhandlung gemäß §. 188 Abs. 2 ist für zulässig nur zu erachten, wenn in dieser Verhandlung alle noch nicht bei Feststellung der Satzung übernommene Anteile übernommen werden (§. 188 Anm. IIIb, §. 189 Abs. 1). — Über Zeichnungsstellen vgl. §. 203 Anm. IV. Über die Zeichnung für fremde Rechnung vgl. §. 182 Anm. IIb. Über Willensmängel bei Zeichnung vgl. §. 182 Anm. IIc.

III. **Zeichnungsschein.**

a. **Notwendigkeit.** Daß die Erklärung der Zeichnung in schriftlicher Form, also durch Zeichnungsschein, erfolge, ist als wesentlich vorgeschrieben (§. 189 Abs. 2; vgl. R.G. IV, 308, XIV, 92, XIX, 194). Zur Anwendung kommt B.G.:

§. 125 Satz 1. „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

§. 126 Abs. 1. „Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlichen oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden."

§. 126 Abs. 3. „Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt."

Nur für die Zeichnung, nicht auch für die Zuteilung, ist die schriftliche Form vorgeschrieben. Die Vorschrift soll aber nicht nur im Verhältnis des Zeichners zur Gesellschaft, sondern auch in seinem Verhältnis zu den Aufforderern gelten (M. 102). Auch in einem Vorvertrag über demnächstige Zeichnung ist ein nicht schriftliches Versprechen der Zeichnung nichtig (R.G. XIV, 93, Planck, B.G. §. 125 Anm. 5). Die Beobachtung der Form kann nicht durch späteres schlüssiges Verhalten ersetzt werden (R.G. XIX, 194). Die Vollmacht zur Zeichnung bedarf nicht der schriftlichen Form (B.G. §. 167 Abs. 2). Als Ordnungsvorschrift ist bestimmt, daß eine doppelte Ausstellung des Zeichnungsscheins erfolgen solle; das eine Doppel ist demnächst dem Registergericht einzureichen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 3). Der Mangel der Schriftlichkeit ist kein gemäß §. 189 Abs. 4 heilbarer (unten Anm. IIId; vgl. R.G. XIX, 194). Auch die Eintragung in eine Zeichnerliste ist eine Ausstellung eines Zeichnungsscheins (Ring Art. 209e Anm. 4, Behrend §. 104 Anm. 5, dagegen Staub Art. 209e §. 2); nirgend ist vorgeschrieben, daß nur je eine Erklärung in je einer Urkunde erfolgen dürfe (vgl. §. 10 Anm.).

b. **Inhalt.**

1. Übernahmeerklärung. (§. 189 Abs. 2.) Vgl. §. 182 Anm. II, §. 189 Anm. II. Sie muß näher bestimmt sein durch Angabe des (Nenn-) Betrages der einzelnen

übernommenen Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III), durch die Angabe der Anzahl der so übernommenen Grundkapitalanteile, und, falls Anteilrechte verschiedener Gattungen (§. 185 Anm. Ia, b) begründet werden sollen, auch durch die Angabe, welche dieser Gattungen der Zeichner erwerben will. Abweichend von der Vorschrift des bisherigen Art. 209e A.D.H. braucht im Zeichnungsschein nicht mehr angegeben zu werden, ob der Zeichner demnächst Inhaber- oder Namenaktien erhalten soll (§. 185 Anm. Ia).

2. Tag der Feststellung der Satzung. (§. 189 Abs. 3 Ziff. 1). Vgl. §. 182 Anm. IIIa. Hieraus geht hervor, daß Zeichnungen erst nach Feststellung der Satzung erfolgen können. Doch ist auch in dieser Beziehung die Heilung (§. 189 Abs. 4) eines Verstoßes nicht ausgeschlossen.
3. Der **notwendige** Inhalt der betreffenden Satzung (§. 189 Abs. 3 Ziff. 1). Vgl. §. 182 Anm. IV.
4. Name, Stand und Wohnort der Gründer. (§. 189 Abs. 3 Ziff. 2). Gründer vgl. §. 187. „Name" umfaßt „Namen und Vornamen" (§. 162 Anm. I). „Wohnort" = „Wohnsitz" (§. 106 Anm. IIa).
5. Ausgabebetrag und Betrag der festgesetzten Einzahlungen. (§. 189 Abs. 3 Ziff. 3). Ausgabebetrag vgl. §. 184 Anm. I. Über den zulässigen Mindestbetrag der Einforderungen vgl. §. 195 Anm. IVb. Trotz des Gebrauchs der Mehrzahl „Einzahlungen" soll wohl nur der (Gesamt-) Betrag der (einmaligen oder mehrmaligen) vor Anmeldung der Gesellschaft zu leistenden Einzahlung angegeben werden (ebenso Esser Anm. 3). Der Gesamtbetrag aller, auch später zu leistenden Einzahlungen ist bereits im Ausgabebetrag genannt. Rudorff zu §. 218 Abs. 1 versteht das Gesetz dahin, daß die Zeit der einzelnen Einzahlungen (auf den ganzen Ausgabebetrag) angegeben werden müsse. Dieser Sinn ist jedoch aus der Fassung des Gesetzes wohl nicht ableitbar.
6. Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist. (§. 189 Abs. 3 Ziff. 4). Die Bedingung „sofern die Gesellschaft errichtet wird" ist in jeder Übernahme von Grundkapitalanteilen, also auch in der Zeichnung, enthalten (§. 182 Anm. IIa 2). Der §. 189 Abs. 3 Ziff. 4 hat daher nur die Bedeutung, daß er für die Zeichnung vorschreibt, in jene Bedingung müsse auch noch eine Befristung aufgenommen werden. Der §. 189 Abs. 3 Ziff. 4 betrifft nur die Bindung des Zeichners nach erfolgter Annahme seines Angebots durch diejenigen Personen, welche zur Zeichnung auffordern (oben Anm. II). Daß die Zeitbeschränkung für alle Zeichner die gleiche sein müsse (so M. 103, Litthauer Anm. c, Esser Anm. 3), ist aus der Fassung des Gesetzes nicht zu folgern.
7. Falls Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen von Vermögensgegenständen, Gewährung von Gründungsaufwand vereinbart sind, die in §. 186 vorgesehenen Festsetzungen (§. 189 Abs. 3 Ziff. 1).
8. Falls verschiedene Gattungen von Anteilrechten (§. 185 Anm. Ia, b) bestehen sollen, der Gesamtbetrag der auf jede Gattung entfallenden Grundkapitalanteile. (§. 189 Abs. 3 Ziff. 1). Die Worte „mit verschiedener Berechtigung" haben keine besondere Bedeutung (§. 185 Anm. Ic).
9. Nicht erwähnt ist, daß auch eine Angabe über eine etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen (§. 212) im Zeichnungsschein enthalten sein muß. Dies wird indessen wohl in entsprechender Ausdehnung der Bestimmung unter Ziff. 3 anzunehmen sein (ähnlich Rudorff zu §. 212 Abs. 1; vgl. Esser Anm. 4).

c. **Verstoß gegen Inhaltsvorschriften.**

1. Unvollständigkeit des Zeichnungsscheins. Ein Schein, der nicht die Übernahmeerklärung (oben Anm. IIIb 1) enthält, ist kein Zeichnungsschein. Ein Schein, der nicht die in Anm. IIIb 2—6 aufgeführten Angaben, und im Falle des Vorliegens der in Anm. IIIb 7, 8 (und 9) hervorgehobenen Voraussetzungen, nicht auch die daselbst aufgeführten Angaben enthält, ebenso ein Schein, der eine dieser Angaben nicht vollständig enthält, ist nichtig (§. 189 Abs. 4 Satz 1). Im Entwurf zum Aktienges. v. 1884 war vorgeschlagen, daß gegen Inhaltsvorschriften verstoßende Zeichnungsscheine „zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals ungeeignet" sein sollten. Dies wurde in der Reichstagskommission dahin geändert, daß derartige Zeichnungsscheine ungiltig seien, und diese Ungiltigkeit in näher angegebener Weise geheilt werden könne (K.B. 6.).
2. Beschränkung der Verpflichtung des Zeichners. Eine Beschränkung bezüglich der Zeitdauer der Bindung muß aufgenommen werden (oben Anm. IIIb 6). Jede sonstige Beschränkung, wenn nicht im Zeichnungsschein enthalten, ist unverbindlich im Verhältnis des Zeichners zur Gesellschaft (§. 189 Abs. 5). Ist sie in den Zeichnungsschein aufgenommen, so macht sie diesen nichtig (§. 189 Abs. 4 Satz 1, R.O.H. XVII, 384). Daneben bleibt selbstverständlich zu prüfen, ob der Zeichner verpflichtungsfähig war. Zeichnet jemand unter dem nicht in den Zeichnungsschein aufgenommenen Vorbehalt einer hinzutretenden Genehmigung (z. B. eine Stadtvertretung unter Vorbehalt der Regierungsgenehmigung), so wirkt die Zeichnung als unbedingte, wenn die Genehmigung nicht Voraussetzung der Verpflichtungsfähigkeit des Zeichners war (O.L.G. Köln v. 1. Febr. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 548). — Nachträglich kann eine Beschränkung z. B. durch Zwangsvergleich im Konkurse des Zeichners eintreten (R.O.H. XXV, 293), unbeschadet der Rechte der Gesellschaft aus §§. 218ff.

d. **Heilung eines Verstoßes gegen Inhaltsvorschriften oder einer Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit.**

1. Voraussetzung. Der §. 189 Abs. 4 Satz 2 bestimmt nichts über die Heilung eines Mangels der Übernahmeerklärung („auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung"). Ein sonstiger Verstoß gegen die Vorschriften über den Inhalt des Zeichnungsscheins und eine Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit wird für das Verhältnis der Gesellschaft zu dem Zeichner geheilt, wenn erstens die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird und außerdem zweitens der Zeichner auf Grund seiner Übernahmeerklärung in der errichtenden Generalversammlung stimmt oder später als Mitglied der Gesellschaft Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt. Unerheblich ist der Gegenstand, über den er in der errichtenden Generalversammlung stimmt, und der Inhalt seines Stimmens; er stimmt, auch wenn er z. B. gegen Errichtung stimmt. — Aktionär vgl. §. 211 Anm. Ia.
2. Wirkung. Der §. 189 Abs. 4 Satz 2 nennt als Wirkung der Heilung nur, daß der Zeichner im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet wird. Zu ergänzen ist indessen, daß er dann auch entsprechend berechtigt wird (dagegen Rudorff zu §. 189 Abs. 4). Letzteres indessen nur, soweit nicht andere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. War z. B. eine unzulässige Beschränkung in der Verpflichtung des Zeichners in den Zeichnungsschein aufgenommen, so kann hierin die Schaffung einer bevorrechtigten Aktiengattung oder die Gewährung eines Sondervorteils liegen, und dies würde gegenüber der Gesellschaft nicht

schon durch Heilung der Nichtigkeit des Zeichnungsscheins, sondern nur bei Beobachtung der Vorschriften des §. 185 bezw. §. 186 Abs. 1 wirksam werden können. Ebensowenig würde z. B. (wegen des Verbots in §. 226 Abs. 2) eine hinzugefügte Bedingung wirksam werden, wonach die A.G. die noch nicht vollgezahlten Aktien demnächst zurückerwerben müßte (Bolze Bd. 12 Nr. 507).

§. 190.

Erster Aufsichtsrat und Vorstand.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so haben sie gleichzeitig mit der Errichtung der Gesellschaft oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung den ersten Aufsichtsrath der Gesellschaft zu bestellen.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so haben sie nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths zu berufen.

Diese Vorschriften finden auch auf die Bestellung des ersten Vorstandes Anwendung, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung zu geschehen hat.

A.D.H. —; vgl. Art. 175e Abs. 2. **Entw. I** §. 176. **Entw. II** §. 188.

§. 190.

I. **Bestellung des ersten Aufsichtsrats.** §. 190 Abs. 1, 2. Ein Aufsichtsrat ist erst dann vorhanden, wenn sämtliche zu wählende Mitglieder (§. 243 Abs. 1) gewählt sind und die Wahl angenommen haben (Litthauer Anm. b). Die Annahme ist jedoch nicht Teil der „Bestellung" (vgl. §. 243 Abs. 4); die Annahme bedarf daher keiner besonderen Form (dagegen Rudorff zu §. 190 Abs. 1).

a. **Bei Gleichgründung.** Gleichgründung vgl. §. 188 Anm. IIIa. Errichtung der Gesellschaft vgl. §. 188 Anm. IIa. „In einer gerichtlichen oder notariellen Verhandlung" vgl. §. 188 Anm. IIIb, §. 182 Anm. IIIc. Das „haben sie" deutet auf die Notwendigkeit der Bestellung eines Aufsichtsrats (vgl. Denkschr. 123, §. 195 Abs. 2 Ziff. 4, §. 243). Auch auf die erste Wahl des Aufsichtsrats im Falle der Gleichgründung ist entsprechend §. 243 Abs. 1 anwendbar (Rudorff, H.G.B. zu §. 190); unter der dort erwähnten Generalversammlung ist in diesem Falle die Versammlung der Gründer zu verstehen (vgl. auch unten Anm. II). Alle Gründer müssen bei der Bestellungsverhandlung gegenwärtig sein („sie"; vgl. §. 188 Anm. IIIb). Erfolgt die Bestellung nicht einstimmig, so sind für das Stimmrecht die §§. 251, 252 (§. 197) entsprechend anzuwenden, nicht (wie Rudorff zu §. 190 Abs. 1 anzunehmen scheint) die etwaigen Bestimmungen des zwischen den Gründern etwa abgeschlossenen Vorvertrages über Vereinserrichtung.

b. **Bei Stufengründung.** Stufengründung vgl. §. 189 Anm. I. Für die Berufung und Beschlußfassung der Generalversammlung der Zeichner finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sein würden (§. 197). Zu berufen sind nur diejenigen Zeichner, denen seitens der Gründer Grundkapitalanteile zugeteilt sind (vgl. §. 189 Anm. II). Die Berufung der Generalversammlung ist erst zulässig, nachdem das Grundkapital in voller Höhe übernommen und zugeteilt ist (§. 190 Abs. 2: „nach der Zeichnung des Grundkapitals").

II. **Bestellung des ersten Vorstandes.** §. 190 Abs. 3. Die Bestimmung des Abs. 3 trifft sowohl den Fall der Gleichgründung wie denjenigen der Stufengründung. In

ersterem Falle entspricht hiernach für den Zweck der Wahl des ersten Vorstandes die Versammlung der Gründer, ohne daß sie formell als Generalversammlung berufen zu sein braucht, der in der Satzung als Wählerin des Vorstandes genannten Generalversammlung (vgl. auch oben Anm. I a). Dafür, daß die Satzung schon vorher festgestellt sein muß oder spätestens gleichzeitig festgestellt wird, trifft Vorsorge für den Fall der Gleichgründung §. 188 Abs. 2, §. 190 Abs. 1, für den Fall der Stufengründung §. 189 Abs. 3 Ziff. 1 (vgl. jedoch §. 189 Anm. III b 2), §. 190 Abs. 2. — Nach erfolgter Schaffung eines Vorstandes ist — soweit das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt — dieser allein als berechtigt zur Vertretung der Gesellschaft zu erachten (§. 188 Anm. II b, B.G. §. 54; vgl. B.G. §§. 710, 714, 167).

§. 191. **Gründererklärung.**

Die Gründer haben im Falle des §. 186 Abs. 2 in einer schriftlichen Erklärung die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt.

Sie haben hierbei die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, ferner die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Ueberganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben.

A.D.H. Art. 209 g. **Entw. I** §. 177. **Entw. II** §. 189.

§. 191.

I. **Gründer.** Vgl. §. 187.

II. **Erklärung.**

a. **Voraussetzung der Notwendigkeit** einer Gründererklärung ist das Bedingen einer Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II) oder der Übernahme von Vermögensgegenständen (§. 186 Anm. III). Unerheblich ist, ob Gleich- oder Stufengründung vorliegt.

b. **Zeit der Abgabe.** Die Gründererklärung kann erst nach Feststellung der Satzung (§. 182 Anm. III a) abgegeben werden, denn vorher steht nicht fest, wer Gründer ist; übernimmt demnächst noch ein Nichtbareinleger einen Grundkapitalanteil, so hat der Nichtbareinleger, da er in den Kreis der Gründer (§. 187) tritt, auch der Gründererklärung beizutreten. Andererseits muß die Gründererklärung abgegeben werden vor der Prüfung des Gründungsherganges durch Vorstand, Aufsichtsrat und Revisoren (§. 193 Abs. 1 Satz 2) und vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (§. 195 Abs. 2 Ziff. 2).

c. **Form.** Als Form der Erklärung ist Schriftlichkeit vorgeschrieben; die Erklärung ist bei Anmeldung der Gesellschaft mit zu überreichen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 2). Unzulässig ist bei Abgabe der Erklärung die Vertretung der Gründer durch andere als gesetzliche Vertreter oder Personen in der Stellung gesetzlicher Vertretung (Düringer-Hachenburg §. 49 Anm. II, Staub Art. 209 g §. 2, Ring Art. 209 g Anm. 1).

d. **Inhalt.** Über den Inhalt der Erklärung enthält §. 191 genaue Bestimmungen, welche in Einzelheiten von denjenigen des bisherigen Art. 209 g A.D.H. abweichen. Die in §. 191 Abs. 1 ausgesprochene Darlegungspflicht erstreckt sich auf diejenigen Umstände, welche von den Gründern bei pflichtmäßiger Sorgfalt nach Maßgabe der in dem fraglichen Zeitpunkt bestehenden Verhältnisse als wesentlich für die Wertsbemessung angesehen werden mußten, nicht nur auf diejenigen, welche thatsächlich von ihnen als wesentlich angesehen wurden; der anzulegende

Maßstab ist mithin ein sachlicher, kein persönlicher (Denkschr. 123). Auch Nebenabreden, welche als für die Aktiengesellschaft (nicht nur für einzelne der bei Gründung beteiligten Personen) bindend gekennzeichnet werden sollen, z. B. Zusagen über die Beschaffenheit des eingelegten oder überlassenen Gegenstandes, sind in die Gründererklärung aufzunehmen (R.G. XVIII, 68). „Auf den Erwerb durch die Gesellschaft hinzielend" ist z. B. der Kauf durch einen Gründer oder einen Dritten mit der Absicht demnächstiger Einbringung oder Überlassung an die Gesellschaft (Staub; vgl. Esser Anm. 2).

III. **Folgen eines Verstoßes.** Über die Haftung auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen §. 191 bestimmt §. 202 (§. 202 Anm. II a 1), über die Strafbarkeit eines solchen Verstoßes §. 313 Abs. 1 Ziff. 1 (R.G. in Straff. XVIII, 111). Verstöße in der vorgeschriebenen Beschaffenheit der Erklärung können auch zur Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft führen (§. 195 Anm. I g).

§. 192.

Prüfung des Gründungshergangs.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen.

Gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vortheil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen oder liegt ein Fall des §. 186 Abs. 2 vor, so hat außerdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Die Revisoren werden durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

A.D.H. Art. 209 h Abs. 1. **Entw. I** §. 178. **Entw. II** §. 190.

§. 192.

I. **Prüfung durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.** Die Prüfung des Gründungsherganges durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats muß stets erfolgen, gleichgiltig ob Gleichgründung oder ob Stufengründung vorliegt, und gleichgiltig ob gemäß §. 192 Abs. 2 außerdem noch eine Prüfung durch Revisoren stattzufinden hat oder nicht. Die Prüfung ist nicht dem Vorstand bezw. dem Aufsichtsrat als Körperschaften, sondern jedem einzelnen Mitgliede als Pflicht auferlegt. Demgemäß kann auch kein Mitglied durch Mehrheitsbeschluß gezwungen werden, dem schriftlichen Berichte der anderen beizutreten; jeder hat vielmehr das Recht, einen Sonderbericht zu erstatten. Jedes Mitglied für sich (ohne Rücksicht, ob dasselbe auch bezüglich anderer Mitglieder der Fall) ist ergänzend schadensersatzpflichtig gemäß §. 204 bei Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und strafbar gemäß §. 313 Ziff. 1 bei wissentlich falschen Angaben der dort gedachten Art. Über den Umfang der Prüfung und das Erfordernis eines schriftlichen Berichts bestimmt §. 193 Abs. 1, 2.

II. **Prüfung durch Revisoren.** Eine Prüfung durch Revisoren (d. h. mindestens zwei Revisoren) ist außer der Prüfung durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats erforderlich, wenn auch nur ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichts-

rats zu den Feststellern der Satzung (§. 182 Anm. III b) gehört, oder sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat; ferner, wenn überhaupt — seitens eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes, oder seitens eines Dritten (Denkschr. 124) — eine Nichtbareinlage oder eine Überlassung von Vermögensgegenständen erfolgt. Daß der Gründungsaufwand „zu Lasten der Gesellschaft" gewährt wird, ist in §. 192 Abs. 2, abweichend von §. 186 Abs. 3 nicht als Voraussetzung genannt. Dies erklärt sich wohl daraus, daß ein nicht zu Lasten der Gesellschaft gewährter Gründungsaufwand ein „besonderer Vorteil" ist (§. 186 Anm. V), und daß, da im §. 192 Abs. 2 für beide Fälle dieselbe Regel aufgestellt ist, hier eine genauere Unterscheidung nicht notwendig war. Eine entsprechende Schwierigkeit ergiebt sich auch bezüglich der Erwähnung der „besonderen Vorteile". Der §. 186 Abs 1 behandelt nur besondere Vorteile, welche an Aktionäre gewährt werden. Der dem §. 192 Abs. 2 entsprechende Art. 209h Abs. 1 Satz 2 A.D.H. enthielt auch bezüglich der „besonderen Vorteile" eine ausdrückliche Rückverweisung auf Art. 209b, welcher dem jetzigen §. 186 entspricht. Diese Rückverweisung ist jetzt fortgefallen. Im jetzigen §. 192 Abs. 2 ist mithin keine Beschränkung auf die an Aktionäre gewährten Sondervorteile mehr vorhanden, und man wird eine solche nicht ausgedrückte Beschränkung nicht hinzuergänzen können. Dies stimmt überein mit derjenigen Auslegung des §. 186 Abs. 1, welche unter den dort genannten „besonderen Vorteilen" derartige versteht, welche an sich ebensowohl für einen Nichtaktionär wie für einen Aktionär bedungen werden können (§. 186 Anm. I a). Ist Vorstehendes zutreffend, so würden sowohl bezüglich der besonderen Vorteile, wie bezüglich des Gründungsaufwandes die Voraussetzungen des §. 192 Abs. 2 weitere sein als diejenigen des §. 186 Abs. 1 und 3. — Unabhängig von der nach dem Gesetz etwa erforderlichen, und dann stets vor Anmeldung der Gesellschaft vorzunehmenden (§. 195 Abs. 2 Ziff. 5) Prüfung durch Revisoren (§§. 192—194), kann auch nach Entstehung der A.G. durch Beschluß der Generalversammlung oder auf Minderheisantrag eine Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren angeordnet werden (§. 266).

III. **Ernennung der Revisoren.** Die Ernennung der Revisoren des §. 192 (abweichend bezüglich der Revisoren des §. 266) erfolgt durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in dessen Ermangelung — nach neu aufgenommener Bestimmung — durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft (oder, für den Fall der Stufengründung, durch das Gericht des in der Satzung in Aussicht genommenen Sitzes). Das „für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ" (der gleiche Ausdruck in G.B.G. §. 112; vgl. „Handelsvorstände" im Reichsstempelges. §. 41) ist für Preußen an einigen Orten die Handelskammer (Ges. über die Handelskammern v. $\frac{\text{24. Februar 1870}}{\text{19. August 1897}}$, G.S. 1897 S. 355), an anderen die kaufmännische Korporation (Verzeichnis der am 1. Juni 1898 bestehenden Preußischen Handelsvertretungen im J.M.Bl. 213); für Hamburg, Bremen, Lübeck die Handelskammer (Rudorff zu §. 192 Abs. 3). Soweit in einem Bundesstaat verschiedene Vertretungsorgane dieser Art bestehen, ist es nach Denkschr. 125 Sache der Landesregierung, die nötigen Bestimmungen zu treffen. Über das Verfahren bei Ernennung von Revisoren durch das Gericht bestimmt G.fr.Ger. §§. 145, 146 (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.). Als zum Antrag auf Bestellung von Revisoren berechtigt ist nur der Vorstand zu erachten (§. 190 Anm. II; a. M. Rudorff zu §. 192 Abs. 3). Das Gericht darf nicht auch ohne Antrag Revisoren bestellen (G.fr.Ger. §. 146; a. M. Rudorff zu §. 192 Abs. 3). Aus §. 192 Abs. 2 ist abzuleiten, daß niemand zum Revisor ernannt werden soll, der seinerseits in einer der in §. 192 Abs. 2 erwähnten Beziehungen zur Gesellschaft steht.

§. 193.

Umfang der Prüfung. Prüfungsbericht.

Die Prüfung hat sich insbesondere auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Der Inhalt der im §. 191 bestimmten Erklärung ist auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten.

Ueber die Prüfung ist unter Darlegung der im Abs. 1 bezeichneten Umstände schriftlich Bericht zu erstatten.

Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt, so haben sie diesem ein Exemplar des Berichts einzureichen. Die Einsicht des eingereichten Berichts ist Jedem gestattet.

A.D.H. Art. 209h Abs. 2, 3. **Entw. I** §. 179. **Entw. II** §. 191.

§. 193.

I. **Prüfer.** Der §. 193 Abs. 1 und 2 bezieht sich sowohl auf die Prüfung durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, wie auf diejenige durch die gemäß § 192 ernannten Revisoren.

II. **Gegenstand und Umfang der Prüfung.**

a. **Allgemeines.** Gegenstand der Prüfung ist allgemein der Hergang der Gründung (§. 192 Abs. 1). Hieraus ergiebt sich von selbst auch der Umfang der vorzunehmenden Prüfung: der ganze Hergang ist zu prüfen. Der §. 193 Abs. 1 giebt nur Beispiele, er hebt hervor, daß insbesondere auch die Angabe der Gründer noch bezüglich ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit und bezüglich der Angemessenheit der von ihnen für eingelegte und überlassene Gegenstände befürworteten Gewährungen zu prüfen sind. Jeder der Prüfer ist zur Prüfung des ganzen Herganges verpflichtet. Dieses gilt auch bezüglich der Revisoren, soweit nicht bei Bestellung der Auftrag enger begrenzt wird; auch in letzterem Falle muß aber jeder Teil des Gründungsherganges von mindestens zwei (§. 192 Anm. II) Revisoren geprüft werden (dagegen O.L.G. Dresden v. 25. Oktober 1898 bei Holdheim 1898 S. 313).

b. **Im einzelnen.**

1. Urkunden, welche für den Gründungshergang in Betracht kommen, sind zu prüfen. Sowohl dahin, ob ihre Form die vorgeschriebene ist, wie auch dahin, ob ihr Inhalt den Vorschriften des Gesetzes entspricht. So die Verhandlung über Feststellung der Satzung (§. 182 Anm. III c) und die Satzung selbst (§ 182 Anm. IV, V), die Übernahmeverhandlung bei Gleichgründung (§. 188 Anm. III b), die Zeichnungsscheine bei Stufengründung (§. 189 Anm. III), ein etwaiger Prospekt (§. 189 Anm. I), die über Gewährung besonderer Vorteile, über Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen sowie über Gewährung von Gründungsentschädigung oder -belohnung abgeschlossenen Verträge (§. 186 Anm. I b, II c, III b, V, VI), die Gründererklärung (§. 191 Anm. II), die Verhandlung über Bestellung des ersten Vorstands und Aufsichtsrats (§. 190).
2. Angaben der Gründer über Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals. Nach dem Gesetz hat die Prüfung vor der Anmeldung

zu erfolgen, und erst gelegentlich der letzteren sind ausdrückliche Angaben der Gründer über Zeichnung und über Einzahlung des Grundkapitals vorgeschrieben (§. 195 Abs. 2 Ziff. 3, Abs. 3). Die Zeichnung des ganzen Grundkapitals ist allerdings (bei der Stufengründung) Voraussetzung der schon vor Prüfung zu bewirkenden Bestellung des ersten Aufsichtsrats und ersten Vorstandes; in der Berufung der Generalversammlung behufs jener Bestellung liegt daher die Angabe, daß das ganze Grundkapital gezeichnet sei. Bezüglich der Einzahlung folgt aber aus den Vorschriften des Gesetzes auch nicht mittelbar, daß sie vor Prüfung erfolgt sein müsse; vielmehr muß als zulässig erachtet werden, daß die Einforderung erst nach der Prüfung geschieht. Üblich ist allerdings eine frühere Einforderung. Über deren Ergebnis aber bestimmte Angaben zu machen, haben die Gründer vor Prüfung keine Veranlassung. Immerhin wird man aus §§. 193, 194 wohl zu schließen haben, daß die Prüfer diesbezügliche Angaben der Gründer erfordern können, und daß sie dann berechtigt und verpflichtet sind, die so gemachten Angaben auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu untersuchen. — Zur Prüfung der Zeichnung des Grundkapitals gehört auch in dem verkehrsüblichen Umfange die Prüfung, ob der Zeichner zahlungsfähig ist (vgl. §. 202 Abs. 3); a. M. Ring Art. 209h Anm. 7 und Staub Art. 209h §. 2a, welche die Prüfung der Zahlungsfähigkeit nur dann für geboten erachten, wenn hierüber ausdrückliche Angaben der Gründer vorliegen oder allgemein die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Personen bekannt ist.

3. Angaben der Gründer in Ansehung der in §. 186 vorgesehenen Festsetzungen. Vorgeschrieben sind für die Zeit vor Prüfung solche Angaben nur bezüglich Nichtbareinlagen und Überlassung von Vermögensgegenständen (§. 191), nicht auch bezüglich besonderer Vorteile und Gründungsaufwand. Sollen sie wirksam gegenüber der Gesellschaft werden, so müssen allerdings bestimmte Festsetzungen auch über gewährte besondere Vorteile und gewährten Gründungsaufwand in die Satzung aufgenommen werden, und da die Feststeller der Satzung Gründer sind, so kann man möglicherweise in Ansehung der Festsetzungen des §. 186 auch den Inhalt der Satzung als eine Angabe der Gründer auffassen (so M. 108). Derartige Angaben der Gründer können ferner auch in einem etwaigen Prospekt (§. 189 Anm. I) enthalten sein. Endlich wird man auch in dieser Beziehung (wie vorstehend zu 2) aus §§. 193, 194 schließen können, daß die Prüfer diesbezügliche Angaben seitens der Gründer erfordern können; dies wird namentlich bezüglich des Gründungsaufwandes notwendig sein, da dieser in der Satzung nur in einer Gesamtsumme angegeben zu werden braucht (§. 186 Abs. 3). Über die erforderlichen Angaben bei Anmeldung vgl. §. 195 Abs. 2 Ziff. 2.
4. Angemessenheit der für Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Beträge. Ob auch hierauf die Prüfung zu erstrecken sei, war bisher streitig; das neue H.G.B. entscheidet die Frage ausdrücklich bejahend (Denkschr. 124).

III. **Prüfungsbericht.** Der Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats sowie etwaiger Revisoren ist schriftlich (eigenhändig unterzeichnet, B.G. §. 126) zu erstatten, unter Darlegung der einzelnen Umstände, auf welche sich nach §. 193 Abs. 1 die Prüfung namentlich erstrecken soll. Der Bericht ist bei der Anmeldung der Gesellschaft mit zum Handelsregister einzureichen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 5). Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt (§. 192 Anm. III), so ist der von ihnen erstattete

Bericht außerdem durch sie jenem Organ einzureichen (§. 193 Abs. 3) und von letzterem zur Einsicht für jedermann aufzulegen (§. 199 Abs. 2, Denkschr. 126); über die Einreichung ist den Vertretern der Gesellschaft eine Bescheinigung zu erteilen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 5), und in der Veröffentlichung bei Eintragung der Gesellschaft ist auf die Möglichkeit der Einsichtnahme auch bei jener Behörde hinzuweisen (§. 199 Abs. 2). Da jeder einzelne Prüfer für seine Prüfung selbständig verantwortlich ist (§. 192 Anm. I), so kann, soweit keine Einigung zu Stande kommt, jeder einen eigenen Prüfungsbericht erstatten (vgl. §. 195 Abs. 2 Ziff. 5: „Berichte"). Der Bericht der Revisoren wird in der Regel thatsächlich gesondert von dem Bericht der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats erstattet; notwendig ist auch dies nicht (a. M. Staub Art. 209h §. 3).

§. 194.

Meinungsverschiedenheiten, Auslagen, Vergütung.

Ergeben sich zwischen den im §. 192 Abs. 2, 3 bezeichneten Revisoren und den Gründern Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise, so entscheidet endgültig diejenige Stelle, von welcher die Revisoren ernannt sind. Solange sich die Gründer weigern, der Entscheidung nachzukommen, unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts.

Die Revisoren haben Anspruch auf Ersatz angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Thätigkeit. Die Auslagen und die Vergütung werden durch die im Abs. 1 bezeichnete Stelle festgesetzt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 180. **Entw. II** §. 192.

§. 194.

I. **Meinungsverschiedenheiten über Umfang der erforderlichen Aufklärungen und Nachweise.** Der §. 194 betrifft nur die Prüfung durch Revisoren, nicht auch die Prüfung durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats. Wenn in §. 194 Abs. 1 vorausgesetzt ist, daß den ersteren die Gründer Aufklärungen und Nachweise zu geben verpflichtet sind, so besteht gegenüber den letzteren dieselbe Pflicht, auch ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen ist. Wird den Revisoren eine für ihre Prüfung erforderliche Aufklärung oder ein hierfür erforderlicher Nachweis trotz Aufforderung nicht erteilt, so haben sie, wie nach bisherigem Recht (vgl. Denkschr. 125), die Wahl, ob sie die Erstattung des Prüfungsberichts verweigern oder ob sie lediglich in dem Prüfungsbericht das Verhalten der Gründer darlegen wollen. Neu giebt ihnen §. 194 Abs. 1 auch das Recht, die Entscheidung derjenigen Behörde, von welcher sie ernannt sind (§. 192 Anm. III), anzurufen. Ebenso können auch die Gründer gegenüber den Revisoren die Entscheidung jener Behörde anrufen. Daß bei jeder Meinungsverschiedenheit die Revisoren ihrerseits verpflichtet sind, die Behörde anzurufen, ist aus dem Wortlaut des §. 194 Abs. 1 nicht zu entnehmen (vgl. jedoch Denkschr. 125). Ist die Entscheidung der Behörde von einem der beiden Teile angerufen worden, und ist sie gegen die Gründer ausgefallen, weigern sich aber die Gründer, der Entscheidung nachzukommen, so haben die Revisoren nun keine Wahl mehr, müssen vielmehr die Erstattung des Prüfungsberichts ablehnen. Die Nichterstattung des Prüfungsberichts hat zur Folge, daß die Gesellschaft nicht als A.G. zur Entstehung gelangen kann (§. 195 Abs. 2 Ziff. 5, §. 200 Abs. 1 Satz 1). — Die Vorschrift, daß die ernennende Stelle „endgiltig"

entscheide, ist wohl dahin zu verstehen, daß Beschwerde unzulässig sei (Rudorff §. 194 Abs. 1).

II. **Ersatz von Auslagen, Vergütung für Thätigkeit.** Während nach dem A.D.H. die Höhe der Vergütung von der Vereinbarung zwischen Gründern und Revisoren abhing, ist in §. 194 Abs. 2, um die Revisoren unabhängiger zu stellen (Denkschr. 126), die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung derjenigen Behörde überwiesen worden, welche in dem betreffenden Falle die Revisoren ernannt hat (§. 192 Anm. III). Falls das Gericht die zuständige Behörde ist, wird man bezüglich des Verfahrens den §. 146 G.fr.Ger. (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.) für anwendbar zu erachten haben. Beschwerde ist für zulässig zu erachten, da hier nicht wiederholt ist, daß die Entscheidung „endgiltig" sei (Rudorff zu §. 194 Abs. 2). — Die Vergütung, welche den Revisoren gewährt wird, fällt nicht unter §. 186 Abs. 3 (§. 186 Anm. V).

§. 195. **Anmeldung.**

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämmtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. der Gesellschaftsvertrag und die im §. 182 Abs. 1 und im §. 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen;
2. im Falle des §. 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, die im §. 191 vorgesehene Erklärung und eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind;
3. wenn nicht alle Aktien von den Gründern übernommen sind, zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Gründern unterschriebenes Verzeichniß aller Aktionäre, welches die auf jeden entfallenden Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
4. die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsraths;
5. die gemäß §. 193 Abs. 2 erstatteten Berichte nebst ihren urkundlichen Grundlagen sowie im Falle des §. 193 Abs. 3 die Bescheinigung, daß der Prüfungsbericht der Revisoren bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ eingereicht ist;
6. wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des §. 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

In der Anmeldung ist die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, und der hierauf baar eingezahlte Betrag

sind anzugeben; dieser muß mindestens ein Viertheil des Nennbetrags und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfassen. Als Baarzahlung gilt nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

Die Mitglieder des Vorstandes haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

A.D.H. Art. 210. **Entw. I** §. 181. **Entw. II** §. 193.

§. 195.

I. **Anmeldung.**

a. **Zuständiges Gericht** ist das Gericht (§. 8 Anm. I) des Sitzes (§. 182 Anm. IV b 2). Über die Anmeldung von Zweigniederlassungen bestimmt §. 201.

b. **Anmelder** sind sämtliche Gründer (§. 187) und alle Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats (§. 190).

c. **Pflicht** zur Anmeldung; **Rücknahme.** Der Staat übt keinen Zwang dahin aus, daß die erste Anmeldung der Gesellschaft als einer Aktiengesellschaft bewirkt wird (§. 319 Abs. 2, R.G. XXI, 250; vgl. §. 175 Anm. III). Dagegen können Beteiligte ein Recht auf Bewirkung der Anmeldung haben (Staub Art. 210 §§. 4, 5). Auch ist zu beachten, daß eine in den Formen der Aktiengesellschaft „errichtete" Gesellschaft immerhin schon vor Eintragung als ein Verein, mithin als juristische Person, anzusehen ist (§. 188 Anm. II b); betreibt sie daher vor Eintragung ein Handelsgewerbe oder ein Gewerbe von Art und Umfang wie in §. 2 genannt, so ist sie eintragungspflichtig gemäß §. 33; diese Eintragung ist erzwingbar, durch dieselbe wird die Gesellschaft aber nicht zur Aktiengesellschaft. Im Verhältnis zum Registergericht kann (nach allgemeinen Grundsätzen) jeder Anmelder seine Erklärung zurücknehmen, bis auf Grund derselben eine richterliche Verfügung, welche die erfolgte Anmeldung voraussetzt, ergangen ist (R.G. V, 22 bezüglich der in Anm. e 2 genannten Erklärung). Dies ist bei Gleichgründung die richterliche Eintragungsverfügung. Bei Stufengründung wäre es die Verfügung betreffs Berufung der errichtenden Generalversammlung; doch erstreckt für diesen Fall der §. 196 Abs. 3 Satz 2 für die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats (nicht auch für die Gründer) die Frist weiter bis zur Beschlußfassung über die Gesellschaftserrichtung.

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. §. 12 Anm. I. Die Anmeldungspflichtigen haben persönlich anzumelden (§. 12 Anm. I e); Stellvertretung ist daher unzulässig (dagegen nach bisherigem Recht Staub Art 210 §. 213, Ring Art. 210 Anm. 16; vgl. auch R.G. XXVI, 73).

e. **Inhalt** der Anmeldung.

1. Erklärung, daß die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister als Aktiengesellschaft angemeldet werde (§. 195 Abs. 1). Im Falle der Gleichgründung ist zur Zeit der Anmeldung die Gesellschaft bereits errichtet (§. 188); im Falle der Stufengründung soll die Errichtung erst nachfolgen (§. 196). Abweichend vom A.D.H. ist nicht der „Gesellschaftsvertrag" anzumelden; er ist vielmehr nur der Anmeldung beizufügen (Denkschr. 126, unten Anm. I f 1).

2. Erklärung, „daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der ein-

geforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist" (§. 195 Abs. 3 Satz 1). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen unter Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II) wird hier als Ausnahme genannt. Ob Nichtbareinlagen bereits dem Vorstande übergeben sind, darüber ist eine Erklärung nicht erforderlich. — Barzahlung vgl. unten Anm. IV d. Die Erklärung lautet dahin, daß auf „jede Aktie", d. h. jeden einzelnen Grundkapitalanteil, die vorgeschriebene Einzahlung erfolgt ist; die Erklärung darf daher nicht abgegeben werden, wenn zwar die Gesamtsumme aller Einzahlungen den insgesamt eingeforderten Betrag erreicht, aber bezüglich einzelner Grundkapitalanteile der auf diese eingeforderte Betrag nicht eingezahlt ist (R.G. in Strfs. XXVI, 67, Johow IV, 30). — Im Besitz des Vorstandes vgl. unten Anm. IV e. — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt §. 313 Ziff. 1.

3. Angabe des Ausgabebetrages (§. 184 Anm. I) und des auf diesen Ausgabebetrag (also: auf die Einlage, §. 184 Anm. I) bar eingezahlten Betrages (§. 195 Abs. 3 Satz 2). Der angegebene Ausgabebetrag ist nach Eintragung der Gesellschaft zu veröffentlichen (§. 199 Abs. 1 Ziff. 2). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt §. 313 Ziff. 1.
4. Ort der Handelsniederlassung? Vgl. §. 198 Anm. III c.

f. **Beizufügende Urkunden** (§. 195 Abs. 2). Diese Urkunden sind bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufzubewahren (§. 195 Abs. 5). Über Einsichtnahme und Abschriftserteilung §. 9 Anm. I.

1. Satzung (§. 182 Anm. I); §. 195 Abs. 2 Ziff. 1. Bei Stufengründung ist eine Abänderung der Satzung in der errichtenden Generalversammlung, also nach Anmeldung, aber vor Eintragung, nicht ausgeschlossen (§. 196 Abs. 5).
2. Verhandlung über Satzungsfeststellung (§. 182 Anm. III); §. 195 Abs. 2 Ziff. 1.
3. Falls Gleichgründung durch Übernahme des Grundkapitalrestes nach Satzungsfeststellung (§. 188 Abs. 2) stattgefunden hat, die Nachtragsübernahmeverhandlung (§. 188 Anm. III b); §. 195 Abs. 2 Ziff. 1.
4. Falls ein Sondervorteil an einen Aktionär oder Gründungsaufwand gewährt wird, oder falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen erfolgt (§. 186 **Abs. 1—3**), die Verträge, welche den hierüber gemäß §. 186 in die Satzung aufzunehmenden Festsetzungen „zu Grunde liegen" (§. 186 Anm. I b, II c, III b, V) „oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind"; §. 195 Abs. 2 Ziff. 2.
5. Falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen erfolgt (§. 186 **Abs. 2**), außer den vorstehend zu 4 bezeichneten Urkunden die Gründererklärung (§. 191); §. 195 Abs. 2 Ziff. 2. (Über den außerdem einzureichenden Bericht der Revisoren vgl. nachstehend zu 10).
6. Falls zu Lasten der Gesellschaft Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird (§. 186 **Abs. 3**), außer den vorstehend zu 4 bezeichneten Urkunden eine Berechnung dieses Gründungsaufwandes, „in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind"; §. 195 Abs. 2 Ziff. 2. Diese Berechnung braucht nicht besonders unterschrieben zu werden; die Unterschriften in der Anmeldungserklärung decken auch den Inhalt dieser Anlage. Zweck der aufzustellenden Übersicht ist nicht eine Rechnungsabnahme, sondern nur die Offenbarung der Aufwendungen; daher genügt z. B. die Angabe in einer Summe bei mehreren Vergütungen für gleichartige Aufwendungen an denselben Empfänger, oder die Angabe der Gesamtsumme

für Portoausgaben, ohne daß für jede einzelne Ausgabe ein Beleg beigefügt zu werden braucht (M. 108).

7. Falls Stufengründung (§. 189 Anm. I; vgl. §. 188 Anm. III a) erfolgt, die Doppel der Zeichnungsscheine (§. 189 Anm. III a) und ein von den Gründern (§. 187) unterschriebenes Verzeichnis aller Aktionäre (§. 211 Anm. I a), welches die auf jeden entfallenden Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III), sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen (§. 195 Anm. IV) angiebt; §. 195 Abs. 2 Ziff. 3. Die Beglaubigung der Unterschrift unter diesem Verzeichnis ist nicht mehr, wie früher der Fall war (Art. 210 Abs. 2 Ziff. 2 A.D.H.), gefordert.
8. Die Urkunden über Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsrats; §. 195 Abs. 2 Ziff. 4. Bei Gleichgründung die Verhandlung über Bestellung durch die Gründer (§. 190 Anm. I a, II), bei Stufengründung das Protokoll der bestellenden Generalversammlung der Zeichner (§. 190 Anm. I b, II); in beiden Fällen jedoch bezüglich des Vorstandes, wenn dieser nach der Satzung anders als durch Wahl der Generalversammlung zu bestellen ist (§. 190 Abs. 3), die Urkunde über diese anderweite Bestellung.
9. Der Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats (§. 193 Anm. III) nebst urkundlichen Grundlagen (z. B. Schätzungen von Sachverständigen über Werte, Angaben der Gründer); §. 195 Abs. 2 Ziff. 5.
10. Falls Revisoren ernannt werden mußten (§. 192 Anm. II), außerdem der Prüfungsbericht der Revisoren (§. 193 Anm. III); §. 195 Abs. 2 Ziff. 5.
11. Falls die Revisoren von dem für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ ernannt sind (§. 192 Anm. III), die Bescheinigung über Einreichung ihres Prüfungsberichtes bei diesem Organ (§. 193 Abs. 3); §. 195 Abs. 2 Ziff. 5.
12. Falls staatliche Genehmigung für den Gegenstand des Unternehmens erforderlich ist (vgl. Gewerbeordnung §. 6, §. 29 ff.), die Genehmigungsurkunde. Der Richter muß sich entscheiden, ob er eine Genehmigung für erforderlich hält. Wenn er dieser Ansicht ist, so hat er Beibringung der Genehmigungserklärung zu fordern. Falls dann aber die Verwaltungsbehörde ihrerseits den Gegenstand des Unternehmens nicht für einen der Genehmigung bedürfenden ansieht und aus diesem Grunde die Genehmigung ablehnt, so genügt eine Beifügung dieses Bescheides (M. 117, Staub Art. 210 §. 9, Lehmann, Recht der A.Gen. I, 302 Anm. 4, Esser Anm. 4; dagegen H. Makower 11. Aufl. Art. 210 Anm. 37, Ring Art. 210 Anm. 10; vgl. nachstehend zu 13). Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar für die hier verworfene Ansicht. Entscheidend erscheint aber, daß durch die Bestimmung des §. 195 Abs. 2 Ziff. 6 nur verhindert werden sollte, daß eine A.G. eingetragen werde, welche demnächst mangels Genehmigung der Verwaltungsbehörde ihr Gewerbe nicht treiben könne (M. 116), dieser Gesichtspunkt aber sich erledigt, wenn die Verwaltungsbehörde das Gewerbe nicht für genehmigungsbedürftig erachtet.
13. Falls die Grundkapitalanteile weniger als 1000 Mk. betragen, ohne daß die Übertragung der Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird, — die gemäß §. 180 Abs. 2 erforderliche Urkunde über Genehmigung des Bundesrats. Bestritten ist, ob der Richter außerdem auch nachzuprüfen hat, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Bundesrat die Genehmigung erteilen durfte. Aus der Nichterwähnung dieser Prüfungspflicht in §. 195 Abs. 2 Ziff. 6 folgt nicht (wie Staub

Art. 207a §. 2 annimmt) etwas für die Verneinung jener Frage, denn §. 195 Abs. 2 enthält nicht die einzigen Gegenstände der Prüfung. Dennoch wird die Frage zu verneinen sein (ebenso M. 67, Staub a. a. O., Rudorff H.G.B. zu §. 180, Lehmann, Recht der A.Gen. I, 302 Anm. 4; verschieden Ring Art. 207a Anm. 4, je nachdem der Fall des §. 180 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 vorliegt). Die Thätigkeit des Registerrichters bei Bewirkung von Eintragungen ist keine eigentlich richterliche, sondern überwiegend eine im Interesse der äußeren Ordnung geübte Verwaltungsthätigkeit. Deshalb wird man im Zweifel annehmen müssen, daß, soweit das Gesetz ausdrücklich einer hohen Verwaltungsbehörde, wie dem Bundesrat, eine Prüfung zuweist, nicht dem Registerrichter die nochmalige Prüfung derselben Frage zugewiesen werden sollte. Für das erkennende Gericht dagegen, für welches die Frage der Richtigkeit der Entscheidung des Bundesrats nur als Nebenpunkt in Betracht kommen kann, würde diese Entscheidung nicht als bindend zu erachten sein.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. §. 12 Anm. II, Düringer-Hachenburg §. 14 Anm. III. Zur Prüfung der angemeldeten Thatsachen auf ihre Richtigkeit ist das Registergericht in der Regel nicht berufen (§. 12 Anm. IIa, M. 115, Johow VIII, 15); es hat daher, falls nicht besondere Verdachtsgründe vorliegen, auch nicht die Richtigkeit der oben zu Ie 2 genannten Erklärung oder des Inhalts der oben zu If 4, 6 genannten Schriftstücke zu prüfen, sich vielmehr mit der Erklärung und der Thatsache der Einreichung jener Schriftstücke zu begnügen. Ebenso hat das Gericht sich wohl in der Regel auf die Prüfung des unterschriebenen Aktionärverzeichnisses (oben zu If 7) zu beschränken und nicht auch die einzelnen ihm zu Grunde liegenden Zeichnungsscheine zu prüfen (ähnlich Rudorff zu §. 189 Abs. 3; dagegen, wie es scheint, Johow IV, 31). Dagegen hat nach allgemeinen Grundsätzen das Gericht zu prüfen, ob die angemeldeten Thatsachen genügen, um zur Eintragung zu führen (§. 12 Anm. IIc). Hieraus folgt, daß es — soweit keine die eigene Prüfung erübrigenden Erklärungen der Beteiligten vorliegen — prüfen muß, ob die Vorschriften des Gesetzes über den Gründungshergang befolgt worden sind, ferner auch, daß es zu prüfen hat, ob die Verfassung der angemeldeten Gesellschaft, insbesondere auch der Inhalt ihrer Satzung (Johow III, 13), den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Wenn dies nicht der Fall, so ist die Eintragung abzulehnen (Johow IV, 35, VIII, 16; vgl. R.O.H. XX, 96) oder zunächst eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu stellen. Falls dagegen keine Gesetzwidrigkeit vorliegt, darf der Richter die Eintragung nicht wegen Mängel blos in der Fassung der Satzung ablehnen (Johow IV, 35), insbesondere nicht darum, weil die Fassung in einer die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung nicht berührenden Frage zu Mißverständnissen führen kann (Johow III, 13). Das bloße Fehlen eines Vorbehalts in der Satzung, daß Beschlüsse der Generalversammlung nur „unter Beobachtung der zwingenden Vorschriften des H.G.B." giltig gefaßt werden können, giebt keinen Grund zur Ablehnung der Eintragung; anders wenn die Absicht der Vereitelung einer gesetzlichen Bestimmung Ausdruck in der Satzung gefunden hat (Johow V, 33). — Dieselben Regeln wie bei der Anmeldung der Gesellschaft kommen auch für die Thätigkeit des Registergerichts **während bestehender Gesellschaft** zur Anwendung. Abzulehnen ist die Eintragung derjenigen Satzungsänderungen oder sonstigen Beschlüsse, welche nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften unzulässig sind (Johow V, 31, Oberstes Landesger. München v. 4. Juli 1890 Z.f.H. Bd. 40 S. 477). Insbesondere auch die Eintragung von Änderungen, welche

eine Verletzung von Sonderrechten enthalten (Johow II, 28, R.O.H. XX, 96). Doch darf die Eintragung nicht abgelehnt werden wegen eines Verstoßes, welcher von den Beteiligten ausschließlich mit der Klage des §. 271 angefochten werden kann, wenn der Anmeldende nachweist, daß diese Klage binnen der gesetzlichen Frist nicht angestellt oder daß sie zurückgenommen ist (vgl. Johow XII, 38: bei Verletzung von Bestimmungen, welche nur den Schutz der Mitglieder, nicht Dritter, bezwecken, wie bei mangelhafter Tagesordnung oder zu später Berufung). Die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses kann nicht aus dem alleinigen Grunde, weil Widerspruch zu Protokoll erhoben und noch nicht beseitigt sei, ohne sachliche Prüfung, abgelehnt werden (L.G.Weimar Z.f.H. Bd. 42 S. 541); doch kann die Entscheidung über die Eintragung ausgesetzt werden (G.fr.Ger. §. 127). Bei Anmeldung von Änderungen sind auch die hiermit zusammenhängenden früheren Beschlüsse, selbst wenn sie eingetragen sind, nicht der Prüfung entzogen (Johow II, 29, V, 32, G.fr.Ger. §. 144 Abs. 2). Soweit jedoch keine Eintragung sondern nur eine Einreichung in Frage steht (§. 259 Abs. 5, §. 265 Abs. 2), ist das Gericht nicht befugt zu prüfen, ob der Inhalt des eingereichten Beschlusses oder der eingereichten Schriftstücke dem Gesetz entspricht (Johow XII, 29), vielmehr nur, ob die vorgeschriebene Form der Einreichung erfüllt ist.

II. **Zeichnung der Unterschrift.** Über die Form der Zeichnung vgl. §. 12 Anm. I. Über die Art, in welcher bei Abgabe von Willenserklärungen für die A.G. gezeichnet werden soll, bestimmt §. 233. Nach §. 195 Abs. 4 haben bei Anmeldung der Gesellschaft die Mitglieder des Vorstandes zur Aufbewahrung bei dem Gericht nur ihren Namen, nicht auch die Firma der Aktiengesellschaft zu zeichnen.

III. **Bareinlage.** Einlage vgl. §. 111 Anm. Ia, §. 178 Anm. III, §. 211 Anm. II. Aus §. 195 Abs. 3 ist die Begriffsbestimmung dessen zu entnehmen, was im Sinne des Handelsgesetzbuchs als „durch Barzahlung zu leistende Einlage" anzusehen ist. Im Gegensatz zur Bareinlage steht die Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II). Die Redaktionskommission der Reichstagskommission hatte an allen in Betracht kommenden Stellen die Worte „durch Barzahlung" in die Worte „in Geld" umgewandelt. Sie war davon ausgegangen, daß auch das B.G. (§. 733 Abs. 2) und das Gesetz über die G. m. b. H. (§. 5 Abs. 4, §. 19 Abs. 2, 3) diese Ausdrucksweise angenommen habe, auch in §. 212 H.G.B. der Ausdruck „Geld" gebraucht sei. Ferner sei der Ausdruck „durch Barzahlung" nicht ganz zutreffend, denn der Begriff der Zahlung schließe die Eigentumsübertragung und (?) die Zahlung durch den Schuldner in Person in sich. Auf beides (?) komme es hier nicht an, sondern nur auf das Zahlungsmittel. Dieses sei aber nur das Geld, denn Abs. 3 Satz 3 verpflichte nicht zur Annahme der dort außer dem Gelde aufgeführten Zahlungsmittel. Die Änderung der Redaktionskommission wurde in der Reichstagskommission rückgängig gemacht, da kein zwingender Grund vorliege, die Ausdrucksweise des A.D.H. zu ändern, und unter „Geld" auch ausländisches verstanden werden könne (K.B. 62).

IV. **Vorgeschriebene Einzahlung.**

a. **Beschränkung auf Bareinlagen.** Der §. 195 Abs. 3 trifft nur Anordnung über die Leistung von Bareinlagen (entsprechend auch §. 218; §. 218 Anm. I). Daraus folgt, daß Nichtbareinlagen weder ganz noch teilweise zur Zeit der Gesellschaftsanmeldung bereits geleistet zu sein brauchen (ebenso Staub Art. 210 §. 12; dagegen verlangt Cosack §. 117 III 4 volle Leistung der Nichtbareinlagen vor Anmeldung). Aus der Fassung des §. 195 Abs. 3 Satz 1 muß abgeleitet werden, daß von Barzahlung nur abgesehen werden kann, wenn überhaupt eine Einlage, obgleich eine Nichtbar-Einlage vereinbart ist (R.G. v. 4. Juli 1898 J.W. 509);

daher ist es unzulässig, Grundkapitalanteile ohne jede Kapitaleinlageverpflichtung (§. 211 Anm. II) einzuräumen (Esser Anm. 3).

b. **Einforderung.** Vgl. §. 218 Anm. II. Einzufordern ist — soweit nicht vor Einforderung freiwillige Zahlung erfolgt — mindestens derjenige Betrag, welcher nach §. 195 Abs. 3 Satz 2 bei Anmeldung eingezahlt sein muß. Schon die Zeichnungsscheine müssen den Betrag der erstmaligen Einforderung enthalten (§. 189 Abs. 3 Ziff. 3). Das Gezahlte ist zurückzuzahlen, wenn demnächst die Errichtung der Gesellschaft nicht erfolgt (B.G. §. 812 Satz 2, R.O.H. XXII, 219).

c. **Mindesteinzahlungsbetrag.** Die Einzahlung muß bezüglich jedes (oben Anm. Ie 2) durch Bareinlagen zu deckenden Grundkapitalanteils sich auf den vollen eingeforderten Betrag belaufen (§. 195 Abs. 3 Satz 1), selbst wenn mehr eingefordert ist (§. 189 Anm. IIIb 5) als eingefordert werden muß (M. 112); mindestens aber muß eingezahlt sein ein Viertel des Nennbetrages, und falls der Ausgabebetrag (§. 184 Anm. I) höher ist als der Nennbetrag außerdem der volle Unterschied zwischen Ausgabe- und Nennbetrag (§. 195 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2). Volle Zahlung liegt nicht vor, solange Rückstände, wenn auch wirtschaftlich unbedeutende, vorhanden sind (R.G. in Straff. XIV, 37; vgl. Ausnahmebestimmung in §. 278 Abs. 1 Satz 3).

d. **Barzahlung** ist nur die Zahlung in deutschem Gelde (Ges. v. 4. Dezb. 1871, 9. Juli 1873), in Reichskassenscheinen (Ges. v. 30. April 1874) sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken (Ges. v. 14. März 1875). Barzahlung ist daher nicht die Hingabe eines Check (K.B. 64) oder eines eigenen Wechselakzepts (R.G. in Strff. XXVI, 67; ob hierin eine Nichtbareinlage liegen kann, vgl. §. 186 Anm. IIa). Ebensowenig die Aufrechnungserklärung (§. 221, M. 86). Auch nicht die Gutschrift bei einem Bankier (unten Anm. IVe). Die Gesellschaft ist mangels besonderer Abrede nicht verpflichtet (K.B. 9, K.B. 62 oben Anm. III), von dem Zahlungspflichtigen Zahlung in anderer Weise anzunehmen, als in Geld (Bankges. v. 14. März 1875 §. 2, Kassenscheinges. v. 30. April 1874 §. 5) und in den gesetzlich bestimmten Münzsorten (Münzges. v. 9. Juli 1873 Art. 9, 15 Ziff. 1 u. Ergänzungsgesetze v. 20. April 1874, 6. Januar 1876, 28. Februar 1892). Zahlung ist nur möglich durch Übertragung zu Eigentum (K.B. 62, oben Anm. III; vgl. R.G. in Straff. XXIV, 290, XXX, 317). An diesem Merkmal muß auch bezüglich der „Barzahlung" festgehalten werden (dagegen K.B. 62); hierauf weist auch das Wort „einzahlen" hin (vgl. R.G. in Straff. XXIV, 288). So genügt nicht, daß der Einleger das Geld an die Gesellschaft nur leiht für die Zeit, während deren die Erklärung über erfolgte Barzahlung abgegeben wird. Ebensowenig liegt Zahlung vor, wenn der Einleger das Geld nur geliehen hat und dies Geld zwar vorübergehend dem Vorstand aushändigt, der Vorstand aber nicht gutgläubig ist, so daß er Eigentum für die Gesellschaft nicht erwirbt (R.G. in Straff. XXIV, 287, XXX, 314). So selbst wenn nicht der Ausdruck „Leihe", sondern fälschlich der Ausdruck „Darlehn" gebraucht ist (R.G. in Straff. XXX, 316). Andererseits braucht Zahlung nicht notwendig Eigentumsübertragung durch den Schuldner zu sein (B.G. §. 362 Abs, 1, §. 267; ebenso Staub Art. 210 §. 11, Ring Art. 210 Anm. 13, Rudorff zu §. 186; dagegen K.B. 62), der übereignete Betrag braucht nicht aus dem Vermögen des Schuldners zu kommen (R.G. in Strff. XXX, 318; vgl. R.G. XXVI, 72); vielmehr genügt auch Eigentumsübertragung durch einen Dritten für Rechnung des Schuldners, so z. B. wenn der vom Zeichner angewiesene Bankier das Geld aussondert und mit dem Vorstand vereinbart, es fortan für die Gesellschaft zu besitzen (B.G. §. 930). Keine Barzahlung ist ein

Übergeben von Geld ohne ernstlichen Willen der Eigentumsübertragung (R.G. in Strfſ. XXIV, 289, XXX, 318).

e. **Im Besitz des Vorstandes** muß das Bargezahlte zur Zeit der Anmeldung sein Dies Merkmal ist ein zu dem Begriff der Barzahlung hinzukommendes (dagegen R.G. in Straff. XXIV, 291). Der Besitz braucht nicht unmittelbarer (B.G. §. 854) zu sein, kann vielmehr auch mittelbarer (B.G. §. 868), muß jedoch Eigenbesitz (B.G. §. 872) sein. Und zwar Eigenbesitz der (vom Vorstand vertretenen, B.G. §. 855) Gesellschaft (§. 188 Anm. IIb). Nur die Gesellschaft (wenn sie auch bei Stufengründung noch nicht die letzte Stufe der Errichtung erreicht hat) kann als Besitzerin in Betracht kommen (vgl. R.G. V, 21: „zur Verfügung der Organe als solcher", V, 22: „für sie in Besitz genommen"); hierauf weist auch die Fassung des Gesetzes, trotz ihrer Ungenauigkeit, hin, indem dort von einem Besitze „des Vorstandes", also der Gesellschaftsbehörde (welche in eigenem Namen überhaupt nicht Rechte erwerben kann, R.O.H. XVIII, 182), nicht etwa von einem Besitze der „Vorstandsmitglieder", also der einzelnen Personen, gesprochen ist. Die Zulassung auch des mittelbaren Besitzes als genügend kann nach der Fassung des Gesetzes nicht zweifelhaft sein. Denn da die Worte „im Besitze" im H.G.B. beibehalten sind, trotzdem durch das B.G. reichsgesetzlich der Begriff des Besitzes festgelegt wird, so muß fortan die Begriffsbestimmung des B.G. als maßgebend angesehen werden. In der Regel wird als mittelbarer Besitz nur der Besitz des in Verwahrung Gebenden in Betracht kommen. Die Hingabe des Eingezahlten in Verwahrung sollte gestattet sein (K.B. 10: „regulariter deponiert"). Aber auch eine Überlassung zu Pfand wird nicht durch §. 195 Abs. 3 ausgeschlossen; ebensowenig durch §. 200 Abs. 1 Satz 2 (§. 200 Anm. IIa); doch können ihr und dem Begründen der durch das Pfand zu sichernden Verbindlichkeit je nach den Umständen des Einzelfalls sonstige Verbote entgegenstehen. — Absichtlich sind in das H.G.B. nicht die in dem entsprechenden §. 8 Abs. 2 Ges. betr. G. m. b. H. gebrauchten Worte „in der freien Verfügung" aufgenommen worden (K.B. 63; vgl. R.G. XLI, 121). Die Begriffe „Besitz" und „freie Verfügung" müssen daher auseinandergehalten werden. „Im Besitz" ist nicht immer schon was „zur sofortigen Verfügung der Gesellschaft steht"; die Möglichkeit freier Verfügung war allerdings der Zweck, der durch die gesetzlichen Vorschriften erreicht werden sollte (R.G. in Strfſ. XXX, 318); das im Gesetz ausdrücklich vorgeschriebene Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist jedoch hiervon verschieden, in gewissen Richtungen reicht es weiter, in gewissen anderen Richtungen weniger weit als jener Zweck. Weil keinen Besitz vermittelnd, genügt insbesondere nicht die Gutschrift (ohne Aussonderung) bei einem, wenngleich sicheren Bankier (R.G. in Straff. XXIV, 9), selbst nicht bei der Reichsbank (K.B. 9, K.B. 63). Ebensowenig genügt die Übernahme einer Verpflichtung des Bankiers, die Summe zur Verfügung der Gesellschaft zu halten, es sei denn, daß in einer solchen Erklärung eine Besitzübertragung liegt (Bolze Bd. 9 Nr. 481 steht nicht entgegen; die Entscheidung ist identisch mit R.G. XXVI, 69, wo der betreffende Satz fehlt; wirkliche Hinterlegung bei dem Bankier für die Gesellschaft stand in jenem Fall in Frage). Ungenügend ist auch, wenn der Betrag sich im Besitz der Mitglieder des Aufsichtsrats befindet (es sei denn, daß der Vorstand ihnen Fremdbesitz, B.G. §. 868, eingeräumt hat), denn sie sind nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt. — Nur bei Anmeldung braucht der Vorstand im Besitz der Barzahlung zu sein; wie er in der Zeit zwischen Anmeldung und Eintragung den eingezahlten Betrag verwalten, ob er ihn gesondert aufbewahren oder anlegen will, bleibt seinem pflichtmäßigen Ermessen vorbehalten (K.B. 64; vgl. M. 112). Die Bestimmungen über die Beschränkung von Rückzahlungen auf die Einlagen

(§. 213 Anm. Ib, §. 215 Anm. IIIa) kommen bereits für diese Zwischenzeit zur Anwendung (R.G. V, 22).

§. 196.

Errichtende Generalversammlung.

Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen, so beruft das im §. 195 bezeichnete Gericht eine Generalversammlung der in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft.

Die Versammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Der Vorstand und der Aufsichtsrath haben sich über die Ergebnisse der ihnen in Ansehung der Gründung obliegenden Prüfung auf Grund der im §. 193 Abs. 2 bezeichneten Berichte und ihrer urkundlichen Grundlagen zu erklären. Jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths kann bis zur Beschlußfassung die Unterzeichnung der Anmeldung zurückziehen.

Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil aller in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre umfassen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. Auch wenn diese Mehrheit erreicht wird, gilt die Errichtung als abgelehnt, sofern hinsichtlich eines Theiles der Aktionäre die Voraussetzungen des §. 186 vorliegen und sich die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen gegen die Errichtung erklärt.

Die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre ist erforderlich, wenn die im §. 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, im §. 183, im §. 184 Abs. 2 sowie die im §. 185 bezeichneten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags abgeändert oder die im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen. Dasselbe gilt, wenn die Dauer der Gesellschaft über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeit verlängert oder die im Gesellschaftsvertrage für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse beseitigt werden sollen.

Die Beschlußfassung ist zu vertagen, wenn es von den Aktionären mit einfacher Stimmenmehrheit verlangt wird.

A.D.H. Art. 210a. **Entw. I** §. 182. **Entw. II** §. 194.

§. 196.

I. **Berufung.** (Vgl. §. 197).

a. **„Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen"**, d. h. „im Falle der Stufengründung" (§. 188 Anm. IIIa).

b. **„Das im §. 195 bezeichnete Gericht"** ist das Registergericht des Sitzes (§. 195 Anm. Ia).

c. **Verzeichnis.** Vgl. §. 195 Anm. If 7.

d. **Aktionäre.** Vgl. §. 211 Anm. Ia.

e. **Prüfung vor Berufung.** Bestritten ist, ob die Berufung ohne Vorprüfung zu erfolgen hat, wenn nur ein Schriftstück vorliegt, welches sich „rein äußerlich" als Anmeldung einer A.G. darstellt (so Ring Art. 210a Anm. 3; vgl. auch M. 115, O.L.G. Dresden v. 22. Dezbr. 1885 Z.f.H. Bd. 35 S. 240), oder ob zunächst die Anmeldung und ihre Unterlagen auf ihre gesetzlichen Erfordernisse zu

prüfen sind (so Staub Art. 210a §. 2). Man wird zu unterscheiden haben. Die Prüfung des Richters (§. 195 Anm. Ig) soll im Endergebnis nur eine unzulässige Eintragung verhindern. Deshalb wird eine Ablehnung der Berufung einer errichtenden Generalversammlung nicht wegen solcher Mängel der Anmeldung zuzulassen sein, die noch durch Beschlüsse der errichtenden Generalversammlung beseitigt werden können. Dagegen liegt kein Grund vor, erst die Berufung einer Generalversammlung zu bewirken, wenn Mängel der Anmeldung vorliegen, welche nicht heilbar durch Generalversammlungsbeschlüsse sind; denn in diesen Fällen steht von vornherein fest, daß die Eintragung abgelehnt werden muß, gleichgiltig was die spätere Generalversammlung beschließt. Insoweit hiernach eine Generalversammlung trotz vorhandener Mängel berufen wird, kann allerdings der Fall vorkommen, daß die Versammlung nicht die Beschlüsse faßt, welche vom Richter für nötig zur Heilung des Mangels erachtet werden. Dann wird noch nach der Versammlung die Eintragung abzulehnen sein.

f. **Form der Berufung.** Zur Anwendung kommt §. 197 als Sondervorschrift, welche für Anwendung des allgemeinen §. 16 G.fr.Ger. (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.) keinen Raum läßt.

II. **Verhandlung.** (Vgl. §. 197).

a. **Leitung.** Leiter der Versammlung ist der Registerrichter (§. 196 Abs. 2). Er hat gleichzeitig die Beseitigung etwa noch vorhandener, die Eintragung hindernder Mängel anzuregen (oben Anm. Ie).

b. **Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat.** Nach der Fassung des §. 196 Abs. 3 ist anzunehmen, daß sowohl Vorstand wie Aufsichtsrat als Behörde die Erklärung abzugeben haben (M. 217). Nicht „ihnen", d. h. diesen Behörden, sondern den einzelnen Mitgliedern der Behörde lag nach §. 192 Abs. 1 die Prüfung des Herganges der Gründung ob (§. 192 Anm. I). Alle Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, welche von einer unter Verstoß gegen §. 314 Ziff. 1 namens des Vorstandes oder Aufsichtsrats abgegebenen Erklärung Kenntnis haben und ihr nicht sofort widersprechen, werden als strafbar anzusehen sein. Jedes Mitglied ist zu einem solchen Widerspruch verpflichtet, auch wenn die Kundgebung dem Beschluß der Mehrheit innerhalb des Vorstandes bezw. des Aufsichtsrats entspricht (M. 217). Auf die vorgeschriebenen Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat kann die Generalversammlung nicht wirksam verzichten (M. 217).

c. **Zurückziehung der Unterzeichnung der Anmeldung.** Der §. 196 Abs. 3 Satz 2 läßt nur eine Zurückziehung seitens jedes Mitgliedes von Vorstand und Aufsichtsrat zu. Gründer, welche nicht Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats sind, können daher ihre Unterzeichnung der Anmeldung nicht mehr zurückziehen, nachdem die Verfügung über Berufung der errichtenden Generalversammlung ergangen ist (§. 195 Anm. Ic). Zieht ein Mitglied seine Unterschrift zurück, so bedarf es einer nenen Anmeldung und der Berufung einer neuen errichtenden Generalversammlung (M. 217).

d. **Stimmrecht.** Für das Stimmrecht sind die Vorschriften entsprechend anwendbar, welche für die Gesellschaft nach Eintragung maßgebend sein würden (§. 197). Zur Anwendung kommen mithin §. 252 und der Inhalt der festgestellten Satzung (§. 197 Anm. II). Eine Abweichung gilt insoweit, daß (entgegen dem §. 252 Abs. 3) auch diejenigen Aktionäre Stimmrecht haben, mit denen die Gesellschaft, indem sie errichtet wird, ein Rechtsgeschäft der in §. 186 genannten Art (Sondervorteile oder Gründungsaufwand, Übernahme von Vermögensgegenständen) schließt. Dies folgt aus §. 196 Abs. 4 Satz 2 (Denkschr. 127), welcher jedoch eine andere Art der Beschränkung vorsieht. Nichtbareinleger schließen

nicht in höherem Grade als Bareinleger, ein „Rechtsgeschäft" mit der Gesellschaft (§. 186 Anm. II c), auf sie wäre daher §. 252 Abs. 3 ohnedies nicht anwendbar (ebenso Staub Art. 210 a §. 6); dennoch gilt auch für sie die Beschränkung des §. 196 Abs. 4 Satz 2. — Auf Grund einer erfolgten Übertragung (§. 200 Anm. III a) von Anteilrechten kann nicht ein Stimmrecht in Anspruch genommen werden (§. 200 Abs. 2, Denkschr. 127; der bisherige Art. 210 a Abs. 4 A.D.H. war anders gefaßt); dagegen sind Erben stimmberechtigt (Denkschr. 127) mit der Maßgabe des §. 225.

III. **Beschlußfassung.** (Vgl. § 197).

a. **Errichtungsbeschluß.** Die Errichtung der Gesellschaft (§. 182 Anm. III a, §. 188 Anm. II) ist beschlossen nur, wenn bei der hierüber stattfindenden Abstimmung, bei welcher jeder, auch ein Gründer, nach freiem Ermessen stimmen darf, folgende Erfordernisse erfüllt sind:

1. Die Mehrheit der nach §. 252 und den Bestimmungen der festgestellten Satzung (§. 182 Anm. III) zu berechnenden (§. 197) Stimmen muß sich dafür erklären.
2. Diese Mehrheit muß ein Viertel aller in dem Verzeichnis (§. 195 Anm. I f 7) aufgeführten Grundkapitalanteil-Übernehmer (§. 211 Anm. I a) umfassen. Ist ein in dem Verzeichnis aufgeführter Übernehmer in der Zwischenzeit verstorben, so zählen seine Erben als eine Person, denn bezüglich der Zahl wird auf das Verzeichnis zurückverwiesen; also muß auch die damalige Zeit maßgebend sein (vgl. Denkschr. 127 und §. 225; die abweichende Fassung des bisherigen Art. 210 a Abs. 4 A.D.H. würde zu dem gegenteiligen Ergebnis geführt haben). Eine „Übertragung" übt keine Wirkung für die Berechnung der Zahl der Stimmenden (§. 200 Abs. 2, Denkschr. 127; abweichend nach bisherigem Recht).
3. Der Betrag ihrer Grundkapital-Anteile muß mindestens ein Viertel des Grundkapitals darstellen.
4. Bei Nichtrechnung der (für oder gegen Errichtung abgegebenen; Denkschr. 127) Stimmen derjenigen Grundkapitalanteil-Übernehmer, welche etwa einen besonderen Vorteil (§. 186 Abs. 1) oder eine zu Lasten der Gesellschaft gehende Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§ 186 Abs. 3) erhalten oder welche Nichtbareinlagen leisten oder Vermögensgegenstände gegen Vergütung überlassen (§. 186 Abs. 2), muß dennoch eine Mehrheit oder (dagegen Denkschr. 127) mindestens eine Gleichzahl der von den übrigen Grundkapitalanteil-Übernehmern abgegebenen (nach den Regeln zu 1 zu berechnenden) Stimmen sich für Errichtung erklärt haben.

b. **Änderung der Satzung.** Auf die Beschlußfassung der errichtenden Generalversammlung ,über Satzungsänderungen kommen die allgemeinen Vorschriften der §§. 274 ff. über Satzungsänderungen zur Anwendung, soweit §. 196 Abs. 5 nichts Gegenteiliges enthält (§. 197); eine Änderung in Punkten, die §. 196 Abs. 5 nicht ausdrücklich erwähnt, ist daher nicht ausgeschlossen (M. 216). Wenn nun für die Beschlußfassung über bestimmte Punkte der §. 196 Abs. 5 Erfordernisse aufstellt, so ist zunächst zweifelhaft, ob die dort genannten Erfordernisse die einzigen sein, oder ob sie nur zu den ohnedies für derartige Satzungsänderungen bestehenden Erfordernissen hinzutreten, nur eine Verschärfung derselben enthalten sollten. Welcher der beiden Ansichten man auch folgt, man gelangt in Schwierigkeiten. Grundsätzlich wird man dahin Stellung zu nehmen haben, daß der §. 196 Abs. 5 nur eine hinzutretende Verschärfung enthalten soll. Nach dieser Richtung deutet die Fassung: „erforder-

lich", nicht „genügend". Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde man z. B. dahin gelangen, daß auf Sonderrechte nicht erschienener Grundkapitalanteil-Übernehmer nicht Rücksicht genommen zu werden braucht (so bei Gattungsbenachteiligung ihrer Anteilrechte, oder Erhöhung ihrer Grundkapitalanteile und entsprechenden Einlagepflicht), oder daß eine Bestimmung der ursprünglich festgestellten Satzung, wonach Satzungsänderungen nur durch bestimmte Mehrheiten des vorhandenen Grundkapitals beschlossen werden können, in der errichtenden Generalversammlung beseitigt werden kann auch, wenn dort eine solche Mehrheit nicht vertreten ist, oder daß Erhöhungen des Grundkapitals ohne Rücksicht auf Einzahlung zulässig sind. Die hier vertretene Ansicht führt andererseits allerdings dazu, daß bei Vornahme von Satzungsänderungen in der errichtenden Generalversammlung auch die Bestimmungen über Aufnahme in die Tagesordnung (§. 274 Abs. 2, §. 275 Abs. 3 Satz 2) zu beachten sind (dagegen Ring Art. 210 b Anm.), daß mithin Satzungsänderungen in der errichtenden Generalversammlung in der Regel nur in einer vertagten Versammlung zulässig sein werden; ob der Gesetzgeber dies in der That beabsichtigte, erscheint zweifelhaft. Eine nachträgliche Anmeldung der Satzungsänderung noch vor Eintragung der Gesellschaft ist wohl jedenfalls erforderlich (Esser Anm. 4).

Der §. 196 Abs. 5 hebt folgende einzelne Fälle wesentlicher Änderungen der Satzung hervor, in denen ein Änderungsbeschluß nur mit Zustimmung aller erschienenen Grundkapitalanteil-Übernehmer gefaßt werden könne.

1. Jede Änderung der Firma oder des Sitzes der Gesellschaft (§. 182 Abs. 2 Ziff. 1), des Gegenstandes des Unternehmens (§. 182 Abs. 2 Ziff. 2; vgl. §. 275 Abs. 2), der Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Grundkapitalanteile (§. 182 Abs. 2 Ziff. 3), der Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§. 182 Abs. 2 Ziff. 4).
2. Bei jeder Änderung der Bestimmungen „des Gesellschaftsvertrages", daß die Aktien auf Inhaber oder auf Namen zu stellen sind, oder daß eine Umwandlung auf Verlangen des Aktionärs stattzufinden hat (§. 183), oder daß der Ausgabebetrag den Nennbetrag übersteigen dürfe (§. 184 Abs. 2), oder daß Gattungsverschiedenheiten bestehen sollen (§. 185; vgl. §. 275 Abs. 3). Da es sich hier um Gegenstände handelt, über welche überhaupt in der betreffenden Satzung nichts enthalten zu sein braucht, so kann zweifelhaft sein, ob auch solche Änderungen von der Verschärfung des §. 196 Abs. 5 getroffen sein sollen, durch welche eine diesbezügliche Bestimmung in die betreffende Satzung erst neu aufgenommen wird. Der Wortlaut: „des (d. h. doch des betreffenden) Gesellschaftsvertrages" spricht für Verneinung. Dennoch wird für Bejahung zu entscheiden sein, da anderenfalls verschiedene Folgen eintreten würden z. B. je nachdem, ob in der betreffenden Satzung steht „daß Namenaktien ausgegeben werden sollen", oder ob dies zufällig nicht ausdrücklich in der Satzung vermerkt ist. Die andererseits aus dieser Gleichstellung beider Fälle sich ergebenden Bedenken (z. B. wenn an den Fall der Schaffung einer benachteiligten Aktiengattung gedacht wird) erledigen sich, wenn daran festgehalten wird, daß §. 196 Abs. 5 nur eine Verschärfung, nicht einen Ersatz der für dieselbe Änderung nach Errichtung bestehenden Vorschriften geben will.
3. „Wenn die im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen." Das „zu Lasten der Gesellschaft" gehört zu „erweitern", nicht zu „Festsetzungen". Es ist nicht gemeint, daß die Bestimmung sich nur auf diejenigen Aufwendungen beziehen solle, bezüglich deren der §. 186

Abs. 3 (in absichtlicher Unterscheidung von §. 186 Abs. 1; M. 93, §. 186 Anm. Ia) hervorhebt, daß sie „zu Lasten der Gesellschaft" erfolgen; vielmehr sind alle in §. 186 behandelten Festsetzungen gemeint. Das „zu Lasten der Gesellschaft" kann daher hier (abweichend von §. 186 Abs. 3) nur so ausgelegt werden, daß es bedeutet „zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre". Bei Zugrundelegung der Ansicht, daß §. 196 Abs. 5 nur eine hinzutretende Verschärfung der auch ohnedies vorhandenen Vorschriften enthält, ist anzunehmen, daß außer dem in §. 196 Abs. 5 genannten Erfordernis der Zustimmung aller erschienenen Grundkapitalanteil-Übernehmer auch die Ankündigung in der Tagesordnung sowie die Beobachtung etwaiger erschwerender Satzungsbestimmungen zu fordern ist. Dagegen kann wohl nicht als notwendige Voraussetzung des Errichtungsbeschlusses eine wiederholte Prüfung und Berichterstattung gemäß §. 191 ff. angesehen werden, denn die früheren Berichte bieten eine genügende Grundlage auch für die neue Beschlußfassung. — Der §. 196 Abs. 5 erwähnt nur den Fall der Erweiterung der Festsetzungen. Dies soll den Gegensatz bilden zur Änderung von Festsetzungen der in §. 186 genannten Art im Sinne einer Verengerung der festgesetzten Rechte gegenüber der Gesellschaft oder den übrigen Aktionären. Eine solche Verengerung kann (trotz Nichterwähnung in §. 196 Abs. 5) beschlossen werden unter Einhaltung der gewöhnlichen Vorschriften für Satzungsänderungen und (Ring Art. 210a Anm. 11) bei Zustimmung der durch einen solchen Beschluß in ihren Sonder rechten Verletzten. — Nicht erwähnt ist auch der Fall einer Änderung der Satzung dahin, daß Festsetzungen der in §. 186 erwähnten Art ganz neu zu Ungunsten der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre aufgenommen werden. Läßt man überhaupt Änderungen auch bezüglich der in §. 196 Abs 5. nicht erwähnten Punkte zu, so muß an sich auch ein solcher Beschluß für zulässig erachtet werden; jedenfalls kann er aber nicht leichteren Bedingungen unterliegen als der in §. 196 Abs. 5 erwähnte Erweiterungsbeschluß; im Gegenteil wird wohl in diesem Falle die vorherige Abgabe einer Gründungserklärung und die erneute Prüfung des Gründungsherganges sowie Nachbringung der in §. 195 Abs. 2 Ziff. 2 erwähnten Urkunden zu verlangen sein, da andernfalls alle jene Sicherungsvorschriften auf diesem Wege umgangen werden könnten.

4. Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über die in der Satzung bestimmte (§. 182 Anm. VI 1) Zeit hinaus. Eine Verlängerung liegt auch in dem Streichen jeder Bestimmung über Zeitdauer.
5. Beseitigung der in der Satzung für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erforderniſſe (vgl. §. 251). Entsprechend bei Milderung jener erschwerenden Erforderniſſe.

c. **Vertagung.** Über die Vertagung ist mit einfacher Stimmenmehrheit (oben Anm. IId) zu beschließen (§. 196 Abs. 6). Zu beachten ist die Notwendigkeit der Einhaltung der in die Zeichnungsscheine aufgenommenen Frist (§. 189 Anm. IIIb 6, d).

§. 197.

Berufung und Beschlußfassung der Generalversammlungen vor Eintragung.

Soweit nicht in den §§. 190, 196 ein Anderes bestimmt ist, finden auf die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft statt-

findenden Generalversammlungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind.

A.D.H. Art. 210b. **Entw. I** §. 183. **Entw. II** §. 195.

§. 197.

I. **Vor Eintragung stattfindende Generalversammlungen.** In Betracht kommen namentlich die im Falle der Stufengründung zu berufenden Generalversammlungen für Wahl von Aufsichtsrat und (in der Regel) Vorstand (§. 190 Abs. 2, 3) sowie für Beschlußfassung über Gesellschaftserrichtung und etwaige Satzungsänderung (§. 196) sowie die nach Vertagung zu denselben Zwecken neu berufenen Versammlungen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch bei Gleichgründung eine Generalversammlung vor Eintragung der Gesellschaft berufen werden kann. Auch auf die im §. 190 erwähnte Versammlung der Gründer ist §. 197 entsprechend anzuwenden.

II. **Entsprechende Anwendung der für die eingetragene Gesellschaft maßgebenden Vorschriften.** Unter „Vorschriften" sind auch die in der festgestellten (§. 182 Anm. IIIa) Satzung enthaltenen mitbegriffen (Johow IV, 30).

a. **Berufung.** Vgl. §§. 253, 255—257. Auch eine entsprechende Anwendung der §§. 254, 310 Satz 2 erscheint nicht ausgeschlossen.

b. **Beschlußfassung.** Dieser Ausdruck ist wohl ausdehnend auszulegen als überhaupt die äußeren Formen bei Abhaltung der Versammlung und die Vorschriften über das Stimmrecht umfassend. So sind z. B. auch die Vorschriften über Führung eines Protokolls (§. 259) zu beachten. Auch die Vorschriften über Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen werden zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein (ebenso Ring Art. 210a Anm. 12; dagegen Staub Art. 210b §. 3, Esser Anm. 2), soweit mit der Klage in der That nur die Beseitigung eines Beschlusses, nicht die Erklärung der Nichtigkeit der Gesellschaft bezweckt wird. Die gegenteilige Ansicht Staubs würde nicht zu der von ihm gezogenen Folgerung führen, daß eine solche Anfechtungsklage garnicht zulässig sei, vielmehr umgekehrt zu der Folgerung, daß sie ohne die Beschränkungen des §. 271 zulässig sei. Da keine Aktienurkunden ausgegeben sind, so können etwaige Vorschriften über die Notwendigkeit der Hinterlegung (§. 255 Abs. 2) nicht zur Anwendung kommen.

Eintragung. §. 198.

Bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

A.D.H. — (vgl. Art. 210 Abs. 1). **Entw. I** §. 184. **Entw. II** §. 196.

§. 198.

I. **Verhältnis zum bisherigen Recht.** Nach dem bisherigen Art. 210 A.D.H. war „der Gesellschaftsvertrag" anzumelden und einzutragen. Dennoch sahen die Ausführungsverordnungen eine nur auszugsweise Eintragung vor (Denkschr. 126). Jetzt

ist abweichend bestimmt, daß „die Gesellschaft" anzumelden ist (§. 195 Abs. 1), und §. 198 schreibt nur die Eintragung gewisser einzelner in der Satzung enthaltener Bestimmungen und zweier nicht aus der Satzung hervorgehender Thatsachen vor. Eine Eintragung der ganzen Satzung ist hiernach nicht mehr vorgeschrieben (Denkschr. 127).

II. **„Bei der Eintragung."** Trotz des Wortlauts „bei der Eintragung" (ebenso §. 33 Abs. 3, §. 323 Abs. 4) ist anzunehmen, daß die Eintragung „der Gesellschaft" in der Eintragung der einzelnen in §. 198 hervorgehobenen Thatsachen, insbesondere der Firma und des Sitzes, besteht, nicht etwa noch außerdem vorgenommen werden soll. Das Wort „bei" (§. 39 Anm. II a) soll wohl andeuten, daß nicht §. 198 die Eintragung erst anordne, sondern daß die Notwendigkeit der Eintragung bereits aus allgemeinen Bestimmungen folge. Derartige allgemeine Bestimmungen sind allerdings ausdrücklich weder im H.G.B. noch im G.fr.Ger. enthalten; aus dem Ausdruck „Anmeldungen zur Eintragung" in §§. 12, 29, 31 ist jedoch zu schließen, daß — soweit nicht abweichende Sondervorschriften bestehen — alles nach jenen Bestimmungen Anzumeldende auch einzutragen ist.

III. **Inhalt der Eintragung.**

a. **Firma.** Vgl. §. 182 Anm. IV b 1.

b. **Sitz.** Vgl. §. 182 Anm. IV b 2.

c. **Ort der Handelsniederlassung.** Bei dem Gericht des Sitzes ist der Ort der Handelsniederlassung anzumelden (und einzutragen), wenn Sitz und Hauptniederlassung sich am gleichen Ort befinden (§. 297; demgemäß §. 106 Anm. II e zu berichtigen). Nicht dagegen, wenn weder am Ort noch im Gerichtsbezirk des Sitzes sich eine Handelsniederlassung befindet, denn dann ist das Gericht des Sitzes nicht dasjenige „in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet" (§. 29). Befindet sich zwar nicht am Ort, aber im Gerichtsbezirk des Sitzes eine Niederlassung, so ist zwar nicht bei der ursprünglichen Anmeldung, aber demnächst die Niederlassung und deren Ort anzumelden (Denkschr. 26; demgemäß §. 13 Anm. II c zu berichtigen).

d. **Gegenstand des Unternehmens.** Vgl. §. 182 Anm. IV b 3.

e. **Höhe des Grundkapitals.** Vgl. §. 182 Anm. IV b 4.

f. **Tag der Feststellung der Satzung.** Vgl. §. 182 Anm. III, §. 189 Anm. III b 2. Der Tag der ursprünglichen Feststellung ist einzutragen, auch wenn die Satzung bereits in der errichtenden Generalversammlung geändert worden ist. — Nicht vorgeschrieben ist (abweichend von §. 106 Abs. 2 Ziff. 3 bei offener H.G) die Eintragung des Tages der Errichtung (§. 188 Anm. II a).

g. **Mitglieder des Vorstandes.** Vgl. §. 190 Anm. II. Entsprechend dem §. 106 Abs. 2 Ziff. 1 (vgl. §. 33 Abs. 3, §. 148 Anm. I a 1, §. 199 Abs. 1 Ziff. 3, 4) ist anzunehmen, daß Vorname, Familienname, Stand und Wohnort jedes Mitgliedes anzugeben ist.

h. **Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Zeitdauer der Gesellschaft** (§. 182 Anm. VI, 1).

i. **Etwaige besondere Bestimmungen der Satzung über die Vertretungsbefugnis** (vgl. §. 125 Anm. II a) **der Mitglieder des Vorstandes oder der Liquidatoren** (§§. 232, 298 Abs. 3, vgl. §. 182 Anm. VI, 2). Das „besondere" ist wohl zu verstehen als „von der gesetzlichen Regel abweichende." Nicht einzutragen sind daher etwaige Bestimmungen der Satzung, in denen nichts von der gewöhnlichen gesetzlichen Vertretungsbefugnis Abweichendes enthalten ist (so wohl vorausgesetzt in Denkschr. 127).

Bekanntmachung. §. 199.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung aufzunehmen:

1. die sonstigen im §. 182 Abs. 2, 3 und in den §§. 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen;
2. der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden;
3. der Name, Stand und Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Aktien übernommen haben;
4. der Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths.

Zugleich ist bekannt zu machen, daß von den mit der Anmeldung der Gesellschaft eingereichten Schriftstücken, insbesondere von dem Prüfungsberichte des Vorstandes, des Aufsichtsraths und der Revisoren, bei dem Gericht Einsicht genommen werden kann. Im Falle des §. 193 Abs. 3 ist ferner bekannt zu machen, daß von dem Prüfungsberichte der Revisoren auch bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ Einsicht genommen werden kann.

A.D.H. Art. 210c. **Entw. I** §. 185. **Entw. II** §. 197.

§. 199.

I. **Form** der Bekanntmachung. Vgl. §. 10.

II. **Inhalt** der Bekanntmachung.

a. **Die Eintragung.** Vgl. §. 198. Sie ist „ihrem ganzen Inhalte nach" zu veröffentlichen (§. 10 Anm., §. 199: „außer dem Inhalte der Eintragung").

b. **Weitere erhebliche aus der Anmeldung zu entnehmende Thatsachen.** §. 199 Abs. 1 Ziff. 2—4.

1. „Die sonstigen im §. 182 Abs. 2, 3 und in den §§. 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen." Unter „Festsetzungen" sind die in die Satzung aufgenommenen Bestimmungen zu verstehen (vgl. §. 186 Anm. VI), nicht etwa auch die den Bestimmungen der Satzung zu Grunde liegenden (vgl. §. 195 Anm. I f 4). „Die" Festsetzungen sind zu veröffentlichen, also die vollständigen Festsetzungen (dagegen Ring Art. 210c Anm. 2, Staub Art. 210c §. 3); eine wortgetreue Wiedergabe ist allerdings nicht unbedingt notwendig (vgl. §. 10 Anm.). Demgemäß sind zu veröffentlichen die Bestimmungen der Satzung über den Nennbetrag der einzelnen Grundkapitalanteile (§. 182 Abs. 2 Ziff. 3), über die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§. 182 Abs. 2 Ziff. 4), über die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht (§. 182 Abs. 2 Ziff. 5) und über die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen (§. 182 Abs. 2 Ziff. 6); ferner etwaige Bestimmungen der Satzung über die Bezeichnung anderer Blätter außer dem Reichsanzeiger für Bekanntmachungen der Gesellschaft (§. 182 Abs. 3), über Ausstellung von Inhaberaktien (§. 183 Abs. 1; wohl nicht auch eine Festsetzung, daß Namenaktien ausgestellt werden sollen), über die Zulässigkeit der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien oder umgekehrt auf Verlangen des Aktionärs (§. 183 Abs. 2), über Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung (§. 185), über Sondervorteile von Aktionären (§. 186 Abs. 1), Nichtbareinlagen und Überlassungen von Vermögensgegen-

ständen (§. 186 Abs. 2) sowie Gewährung von Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§. 186 Abs. 3).

2. Der Ausgabebetrag (§. 184 Anm. I, §. 195 Anm. Ie 3); nicht zu verwechseln mit dem Betrage, zu welchem demnächst für Rechnung der ersten Beteiligten die Aktien an der Börse angeboten werden (Denkschr. 128).

3. „Name, Stand und Wohnort der Gründer und Angabe, ob sie die sämtlichen Aktien übernommen haben." „Name = Vor- und Familienname (§. 162 Anm. I). Gründer vgl. §. 187. „Ob sie die sämtlichen Aktien übernommen haben" = ob Gleichgründung vorliegt (§. 188 Anm. IIIa).

4. Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats. Vgl. §. 190 Anm. I. Über Bekanntmachung von Änderungen in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats bestimmt abweichend §. 244.

c. **Mitteilung betreffend Einsichtnahme in Schriftstücke.** §. 199 Abs. 3.

§. 200.

Rechtsverhältnisse vor Eintragung.

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner.

Die Antheilsrechte können vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen, Aktien oder Interimsscheine können vorher nicht ausgegeben werden.

A.D.H. Art. 211. **Entw. I** §. 186. **Entw. II** §. 198.

§. 200.

I. **Entstehung als Aktiengesellschaft.** Dies wird im Gesetz unterschieden von der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" (§. 182 Anm. IIIa) und von der „Errichtung der Gesellschaft" (§. 188 Anm. II). Schon mit der Errichtung, bei der Stufengründung in gewissen Beziehungen bereits mit Erreichung der ersten Errichtungsstufe, ist ein Verein vorhanden (§. 188 Anm. IIb); der Verein erlangt jedoch die besondere Rechtsstellung einer Aktiengesellschaft, insbesondere Rechtsfähigkeit unter Ausschluß persönlicher Haftung aller Mitglieder, erst durch die Eintragung. Es besteht kein staatlicher Zwang zur Anmeldung einer Gesellschaft als Aktiengesellschaft (§. 195 Anm. Ic). Eine bereits errichtete Gesellschaft kann daher durch Vereinbarung wiederaufgehoben werden, ohne daß sie überhaupt zur Eintragung gelangt (R.G. XXI, 250). — Der §. 200 Abs. 1 Satz 1 sagt nur verneinend, daß vor Eintragung keine A.G. besteht. Die Frage ist offengelassen, ob im Einzelfall die eingetragene Gesellschaft in Wahrheit eine A.G. ist. Ein Verein, welcher nicht die wesentlichen Merkmale einer A.G. hat (§. 178 Anm. Ia), wird durch die Eintragung nicht zu einer solchen (vgl. §. 105 Anm. Ii, §. 123 Anm. Ia). Ebenso besteht trotz Eintragung keine A.G. im Falle der Nichtigkeit der eingetragenen A.G. (§§. 309ff.). — Die in §. 200 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Wirkung ist geknüpft an die Eintragung, ohne Rücksicht auf Anmeldung oder Bekanntmachung (§. 15 Anm. IIIC; vgl. §. 123 Anm. IIb), und nur (§. 15 Anm. IV) an die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes (§. 182 Anm. IVb 2) der Gesellschaft.

II. **Folgen eines Handelns namens der Gesellschaft vor deren Eintragung.**

a. **Erwerb namens der Gesellschaft und Verbindlichmachung derselben.** Die Gesellschaft ist schon vor Eintragung seit der Errichtung (in gewissen Beziehungen seit

Erreichung der ersten Errichtungsstufe) ein nicht rechtsfähiger Verein (§. 188 Anm. II b). In derselben Weise, wie für einen nicht rechtsfähigen Verein Rechte erworben werden können, kann dies mithin schon vor Eintragung auch für die A.G. geschehen (R.G. V, 20). Die Gründungsvorschriften des Gesetzes führen notwendig zur Annahme eines derartigen Rechtserwerbes bereits vor Eintragung (§. 188 Anm. II c). So erwirbt die Gesellschaft schon vor Eintragung ein Forderungsrecht aus den Einlagezusagen der Grundkapitalanteil-Übernehmer (§. 182 Anm. II a 2) und aus Verträgen betreffend Überlassung von Vermögensgegenständen (§. 186 Anm. III b), ferner auch ein Sachenrecht durch die Inbesitznahme des eingezahlten Einlagebetrages seitens des Vorstandes (§. 195 Anm. IV e, O.L.G. Colmar v. 26. Febr. 1894 Z.f.H. Bd. 47 S. 104). — Ebenso folgt aber aus den Gründungsvorschriften des Gesetzes auch, daß die Gesellschaft schon vor Eintragung verbindlich gemacht werden kann. So z. B. aus Verträgen betreffend Gewährung von Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung (§. 186 Anm. V). In R.G. XXXII, 98 wird die Möglichkeit eines Verpflichtens der Gesellschaft vor Eintragung nur insoweit ausnahmsweise anerkannt, „als dies durch den vom Gesetze geordneten Entstehungshergang ... bedingt wird“ (ebenso Staub Art. 211 §. 1). Eine dahingehende Einschränkung wird indessen wohl nicht zuzugestehen sein, da sie im Gesetz nicht bestimmt ist; sie liegt nicht etwa in §. 200 Abs. 1 Satz 2, denn neben diesem Satze kommt auch B.G. §. 54 Satz 1 zur Anwendung (unten Anm. II b), und mithin die Möglichkeit einer Verbindlichmachung der Gesellschaft und des Gesellschaftsvermögens nach den für die Gesellschaft des B.G. geltenden Regeln. Auch würde mit jener Ansicht des R.G. kaum vereinbar sein die anerkannte Zulässigkeit der alsbaldigen Anlegung des eingezahlten Geldes für die Gesellschaft (§. 195 Anm. IV e), denn durch das Anlegungsgeschäft werden namens der Gesellschaft Verbindlichkeiten — wenn auch in der Regel nur für kurze Zeit — übernommen. Schutz gegen Mißbrauch geben dieselben Bestimmungen, welche auch Schutz gegen entsprechende mißbräuchliche Handlungen nach Eintragung gewähren. — Alles Vorstehende gilt nur bei einem Handeln für die Gesellschaft nach demjenigen Zeitpunkte, in welchem sie zu einem (nicht rechtsfähigen) Verein wird. Soweit vorher gehandelt ist, kann B.G. §. 54 Satz 1 nicht zur Anwendung kommen; für jene Zeit ist daher H.G.B. §. 200 Abs. 1 Satz 2 allein anwendbar.

b. **Haftung der namens der Gesellschaft vor Eintragung Handelnden.** Die Bestimmung des bisherigen Art. 211 Abs. 2 A.D.H. ist durch B.G. §. 54 Satz 2 in etwas geänderter Fassung auf alle nicht rechtsfähigen Vereine ausgedehnt. Der §. 54 B.G. lautet:

„Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.“

In §. 200 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. ist B.G. §. 54 **Satz 1** garnicht wiederholt; der **Satz 2** ist dahin geändert, daß die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte und die Beschränkung auf ein Handeln gegenüber Dritten fortgelassen, mithin die Vorschrift verallgemeinert ist. Die Nichtwiederholung von B.G. §. 54 Satz 1 erscheint bedeutungslos; da die Anwendung dieser für alle nicht rechtsfähigen Vereine gegebenen Bestimmung auf den nicht rechtsfähig gewordenen Aktienverein nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so ist sie auch für letzteren maßgebend; der §. 200 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. schließt den §. 54 Satz 1 B.G. nicht aus, sondern gilt **neben** demselben. Der erste der hervorgehobenen beiden Unter-

schiede in der Fassung zwischen B.G. §. 54 Satz 2 und H.G.B. §. 200 Abs. 1 Satz 2 begründet wohl gleichfalls keine sachliche Verschiedenheit, da in Fällen nicht rechtsgeschäftlichen Handelns auch allgemein für nicht rechtsfähige Vereine das Eintreten einer persönlichen Haftung des Handelnden anzunehmen sein wird. Der zweite der hervorgehobenen Unterschiede in der Fassung zwischen B.G. §. 54 Satz 2 und H.G.B. §. 200 Abs. 1 Satz 2 kann zwar unter Umständen zu verschiedenen Ergebnissen führen, je nachdem ein nicht rechtsfähig gewordener Aktienverein oder ein anderer nicht rechtsfähiger Verein vorliegt. In den gewöhnlichen Fällen wird jedoch auch in dieser Beziehung keine Verschiedenheit der rechtlichen Folgen sich ergeben. Denn sowohl die Bestimmung des B.G. wie diejenige des H.G.B. ist dahin einzuschränken, daß durch Vereinbarung bei Vornahme der Handlung die Haftung beschränkt werden kann (Planck, B.G. §. 54 Anm. 2b, Cosack, Handelsrecht §. 115 VIIb), z. B. durch ausdrücklichen Vorbehalt demnächstiger Genehmigung der Handlung durch die eingetragene A.G. (R.G. XXXII, 99). Eine solche Vereinbarung braucht keine ausdrückliche zu sein. Ist z. B. demjenigen, gegenüber welchem die Handlung vorgenommen wird, bekannt, daß die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist (und diese Voraussetzung wird bei Nicht-Dritten in der Regel vorliegen), so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzusehen, daß durch die Handlung, soweit möglich, diejenigen Rechtswirkungen eintreten sollen, die eingetreten sein würden, wenn die Handlung nach erfolgter Eintragung der A.G. vorgenommen wäre, und ein dahingehender übereinstimmender Wille beider Parteien ist maßgebend (R.G. XXXIX, 30; dahingestellt R.G. XXXII, 99; dagegen Cosack §. 115 VIIb). — „Handelnde" können nicht nur die Mitglieder des Vorstandes sein (M. 92, P. 1039, 1450).

III. **Übertragung von Anteilrechten vor Eintragung.**

a. **Übertragung.** Nur von einer „Übertragung" der Anteilrechte handelt §. 200 Abs. 2, d. h. von einer Übereignung durch Vertrag (B.G. §§. 398, 413; wohl einschließlich der Übereignung seitens des Erben gemäß Vermächtnis B.G. §. 2174), kraft Gesetzes (B.G. §. 412; z. B. durch Verwandlung in Gesamtgut, B.G. §. 1438) oder durch richterliche Anordnung (insbesondere Überweisung gemäß Pfändung, C.P.O. §§. 835, 857). Der §. 200 Abs. 2 berührt daher nicht den Übergang des Anteilrechts durch Erbanfall (vgl. §. 196 Anm. IId). Eine Übertragung liegt nicht bereits in einem Vorvertrag über demnächstige Übertragung (R.G. X, 72).

b. **Anteilrecht** (§. 179 Anm. IIa) ist die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters (vgl. §. 105 Anm. If 3). Der Ausdruck ist daher nicht gleichbedeutend mit „Anteil am Gesellschaftsvermögen" (vgl. § 105 Anm. Ig 2).

c. **Wirkung der Übertragung.** Nur eine Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Auch durch Vereinbarung mit der Gesellschaft kann eine solche Wirksamkeit nicht herbeigeführt werden; eine dahingehende Vereinbarung wäre vielmehr nichtig („kann nicht"). Im Verhältnis des Übertragers zum Übertragungsempfänger wirkt eine erfolgte Übertragung (dagegen anscheinend Denkschr. 128), soweit eine solche Wirkung ohne Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft möglich ist (vgl. §. 105 Anm. If 2). Um so weniger berührt §. 200 Abs. 2 die Giltigkeit eines Vertrages, durch welchen der eine Teil lediglich die Verpflichtung übernimmt, die von ihm erworbenen Anteilrechte dem anderen zu übertragen (Denkschr. 128).

IV. **Verbot der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor Eintragung.** Handlungen, durch welche dies Gebot übertreten wird, sind nichtig („können nicht"). Ebenso die in Übertretung des Verbots ausgegebenen Urkunden (§. 209 Abs. 2). Das wissentliche Übertreten des Verbots ist mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 3); die Ausgeber haften für den durch die Ausgabe verursachten Schaden (§. 209).

§. 201.

Zweigniederlassung: Anmeldung, Bekanntmachung, Eintragung.

Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, ist durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken.

Der Anmeldung ist der Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; die Vorschriften des §. 195 Abs. 2, 3 finden keine Anwendung.

Die Eintragung hat die im §. 198 bezeichneten Angaben zu enthalten.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung auch die sonstigen im §. 182 Abs. 2, 3 und in den §§. 183, 185 bezeichneten Festsetzungen aufzunehmen. Erfolgt die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, so sind alle im §. 199 bezeichneten Angaben zu veröffentlichen; in diesem Falle ist der Anmeldung ein Exemplar der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen.

Befindet sich der Sitz der Gesellschaft im Auslande, so ist das Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher und, sofern der Gegenstand des Unternehmens oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inlande der staatlichen Genehmigung bedarf, auch diese mit der Anmeldung nachzuweisen. Die Angaben, deren öffentliche Bekanntmachung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, sind in die Anmeldung aufzunehmen.

A.D.H. Art. 212. **Entw. I** §. 187. **Entw. II** §. 199.

§. 201.

I. **Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften des Buch I.** Der §. 201 enthält besondere Bestimmungen über die erstmalige Anmeldung und Eintragung der Zweigniederlassung einer A.G. und die hierauf bezügliche Veröffentlichung. Er enthält auch insoweit nur Ergänzungen zu den allgemeinen Bestimmungen (Denkschr. 128). Ebenso ist nicht entsprechend §. 201, sondern sind die allgemeinen Bestimmungen (mit den in §§. 207 Abs. 4, 265 Abs. 2, 286 enthaltenen Maßgaben) anwendbar bei späteren Anmeldungen, Eintragungen, Bekanntmachungen bei dem Register der Zweigniederlassung. Für den Fall der Umwandlung einer K.A.G. in eine A.G. trifft §. 333 besondere Bestimmungen.

II. **Zweigniederlassung.** Vgl. §. 13 Anm. I. Als „Zweigniederlassung" ist bei Anwendung der §§. 201, 13 und der übrigen Registervorschriften auch die nicht am Ort des Sitzes der A.G. befindliche Hauptniederlassung anzusehen (vgl. „Sitz" in §. 201 Abs. 5 statt „Hauptniederlassung" in dem entsprechenden §. 13 Abs. 3). „Hauptniederlassung" im Sinn der Registervorschriften ist in diesem Fall der „Sitz" (Johow XIII, 45). — Zur Gründung einer Zweigniederlassung bedarf es keiner Satzungsänderung, falls nicht die Satzung ausdrückliche gegenteilige Bestimmungen enthält (R.O.H. XXII, 283). Anders, wenn mit der Gründung der Zweigniederlassung die Erwerbung einer

zweiten Firma verbunden ist (§. 17 Anm. III c). Über die Firma der Zweigniederlassung vgl. §. 13 Anm. II h.

III. **Anmeldung.** Vgl. §. 13 Anm. II a—e.

a. **Anmeldungspflichtige** sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes, selbst wenn durch die Satzung die Vertretungsbefugnis abweichend geordnet ist. Und nur die Mitglieder des Vorstandes (abweichend vom Fall des §. 195 Abs. 1). Die Anmeldung ist erzwingbar (§. 13 Anm. II e), jedoch erst nach Eintragung der A.G. bei dem Gericht des Sitzes (§. 195 Anm. I c).

b. **Inhalt**. Gemäß der Regel des §. 13 (oben Anm. I) ist die Anmeldung, Zeichnung und Einreichung in gleicher Weise wie bei dem Gericht der Hauptniederlassung (§. 195) zu bewirken, soweit §. 201 nichts Abweichendes vorschreibt. Abweichend bestimmt ist nun in §. 201 Abs. 2, daß es nicht der Erklärungen über Barzahlung und Ausgabebetrag (§. 195 Abs. 3) und nicht der Einreichungen (§. 195 Abs. 2) bedarf; einzureichen ist vielmehr nur die Satzung (in dem zur Zeit der Anmeldung in Kraft stehenden Wortlaut). Erfolgt die Anmeldung innerhalb 2 Jahren nach Eintragung im Handelsregister des Sitzes, so ist ein Abdruck der Bekanntmachung der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen (§. 201 Abs. 4). Weitergehende Bestimmungen für den Fall, daß der Sitz im Auslande, enthält §. 201 Abs. 5.

IV. **Eintragung.** Die Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung (bezw. des Sitzes; vgl. oben Anm. II) geschehen ist (§. 13 Anm. II f). Das Gericht ist, wenn anderwärts die Eintragung einer Niederlassung als Hauptniederlassung erfolgt ist, nicht berechtigt, die Eintragung einer neu angemeldeten Niederlassung als Zweigniederlassung abzulehnen, weil dies die eigentliche Hauptniederlassung und die angebliche Hauptniederlassung in Wahrheit Zweigniederlassung sei (Johow XIII, 42). Die erfolgte Eintragung (und ebenso die Löschung) der Zweigniederlassung ist von amtswegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken (G.fr.Ger. §. 131). Die Eintragung hat die in §. 198 bezeichneten Angaben (§. 201 Abs. 3) zu enthalten; außerdem den Ort der Zweigniederlassung (§. 29, §. 198 Anm. III c). Für das Bestehen der Zweigniederlassung (im Unterschied von dem Fall des §. 200 Abs. 1 Satz 1) ist die Eintragung nur von erklärender Wirkung (§. 15 Anm. III A).

V. **Bekanntmachung.** Erfolgt die Eintragung der Zweigniederlassung innerhalb der ersten 2 Jahre nach Eintragung der A.G. im Register ihres Sitzes, so muß die Bekanntmachung dieselben Angaben enthalten, welche für die Bekanntmachung bei Eintragung der A.G. im Register des Sitzes vorgeschrieben sind (§. 201 Anm. IV, §. 199 Anm. II b, c; vgl. für das bisherige Recht Johow XV, 16). Erfolgt die Eintragung der Zweigniederlassung erst nach Ablauf jener 2 Jahre, so sind nicht in die Bekanntmachung aufzunehmen die (nach Denkschr. 128) ausschließlich für die Beurteilung der Gründung bestimmten Umstände, sondern nach §. 201 Abs. 4 Satz 1 nur der Inhalt der Eintragung (§. 201 Anm. IV) und die in §. 199 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Festsetzungen der Satzung (§. 199 Anm. II b 1), mit Ausschluß der auf die Bestimmungen in §. 186 bezüglichen.

VI. **Ausländischer Sitz.** Vgl. §. 13 Anm. II g. Nach der Regel des §. 13 Abs. 3 (oben Anm. I) findet §. 201 Abs. 1—4 auch auf die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischem A.G. Anwendung, soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht (Denkschr. 128). Das letztere ist z. B. hinsichtlich der Bekanntmachung der ersten Aufsichtsratsmitglieder der Fall, wenn nach dem maßgebenden fremden Recht die A.G. keinen Aufsichtsrat haben kann (Düringer-Hachenburg §. 13 Anm. IV), nicht schon,

wenn sie nach ausländischem Recht keinen Aufsichtsrat zu haben braucht (so Denkschr. 128) und ihn im Einzelfall nicht hat. Ebenso ist eine Abweichung erforderlich z. B. bei Anmeldung innerhalb der ersten 2 Jahre, wenn nach dem fremden Rechte keine Prüfungsberichte zu erstatten und Gründungsrevisoren nicht zu ernennen waren (Johow XIII, 46). Daß die Satzung der ausländischen A.G. den Anforderungen des deutschen Rechts entspreche, kann nicht verlangt werden (O.L.G. Dresden v. 6. Septbr. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 549), außer soweit zwingende Vorschriften des deutschen Rechts in Betracht kommen, welche nach dem ausländischen Recht befolgt werden können. Die letztere Beschränkung ergiebt sich daraus, daß die ausländischen Gesellschaften nicht verlangen können, vor den inländischen bevorzugt zu werden. Über den Nachweis des Bestehens der A.G. als solcher vgl. §. 6 Anm. IVa, über den Nachweis der Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens vgl. §. 195 Anm. If 12, über den Nachweis der Zulassung zum Gewerbebetriebe im Inlande vgl. §. 6 Anm. IVb. Zweifelhaft kann sein, was mit den Worten „als solche" gemeint ist. Staub Art. 212 §. 6 nimmt an, daß hiermit nur auf die Merkmale der deutschen A.G. (§. 178 Anm. Ia) verwiesen ist. Zutreffender erscheint die Annahme, daß nachgewiesen werden muß, im Auslande sei die Gesellschaft als unter diejenige ausländische Rechtsform fallend anerkannt, welche der deutschen A.G. entspricht (ähnlich O.L.G. Dresden v. 6. Septb. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 549). Das von Staub hervorgehobene Merkmal muß ohnedies außerdem vorhanden sein, denn sonst könnte garnicht die Anwendung des nur auf Gesellschaften mit den Merkmalen deutscher AGen. bezüglichen §. 201 in Betracht kommen.

§. 202.

Haftung der Gründer und Mitwirkender.

Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, als Gesammtschuldner verhaftet; sie haben, unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstehenden Schadens, insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen oder Uebernahmen der im §. 186 bezeichneten Art böslicherweise geschädigt, so sind ihr alle Gründer für den Ersatz des entstehenden Schadens als Gesammtschuldner verpflichtet.

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe oder die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche die Betheiligung des Aktionärs in Kenntniß seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben, als Gesammtschuldner zum Ersatze verpflichtet.

Mit den Gründern sind der Gesellschaft zum Schadensersatz als Gesammtschuldner verpflichtet:

1. wenn eine Vergütung nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, der Empfänger, welcher zur Zeit des Empfanges wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, und jeder Dritte, welcher zur Verheimlichung wissentlich mitgewirkt hat;
2. im Falle einer böslichen Schädigung durch Einlagen oder Uebernahmen jeder Dritte, welcher zu dieser Schädigung wissentlich mitgewirkt hat.

A.D.H. Art. 213 **a**. **Entw. I** §. 188. **Entw. II** §. 200.

§. 202.

I. **Verhältnis der §§. 202–204 zu anderen eine Schadensersatzpflicht begründenden Vorschriften.** Die §§. 202—204 behandeln nur die Haftung gegenüber der Gesellschaft. Beabsichtigt war, hierdurch zugleich zu bestimmen, daß insoweit eine Haftung gegenüber der **Gesellschaft** auf Grund der §§. 202—204 eintrete, **nicht** auch außerdem eine Haftung gegenüber dem **einzelnen Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger** in Frage kommen könne (M. 120). Diese Beschränkung hat allerdings keinen klaren Ausdruck in der Fassung des Gesetzes gefunden, denn wenn eine Haftung gegenüber „der Gesellschaft" näher geregelt wird, so folgt daraus an sich nicht, daß eine Haftung nur gegenüber der Gesellschaft besteht. Da aber immerhin mit der gewählten Fassung der beabsichtigte Sinn verbunden werden kann (vgl. auch Minderheitsrecht in § 268), so wird (mit der herrschenden Meinung) dieser Sinn zu Grunde zu legen sein (vgl. R.G. XXXIX, 247 ff.). Auch die fernere Beschränkung wird man im § 202 (und entsprechend im §. 203) zu suchen haben, daß gegenüber der Gesellschaft das Maß der Haftung mit der Vorschrift des § 202 erschöpft sei. (So Staub Art. 213 **a** § 1. Unterstützend, daß trotz Zusatzes „aus der Gründung" in § 205 die betreffende Redewendung keinen anderen Sinn haben soll, als in §. 204 und §. 206, wo jener Zusatz fehlt; vgl. §. 205 Anm. II.) Beide Beschränkungen bedürfen jedoch der Begrenzung, daß durch sie eine Haftung aus besonderem Rechtsgrunde nicht ausgeschlossen werden soll. So kann einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern trotz gleichzeitigen Vorhandensein eines Gesellschaftsanspruchs dennoch auch ihrerseits ein Anspruch gegen Gründer aus besonderem Rechtsgrunde zustehen (vgl. R.G. XVIII, 64 für den Rechtszustand vor 1884), z. B. aus besonders erteilten Zusicherungen, oder aus erfolgter Weiterveräußerung des Anteilrechts, wie z. B. ein Wandlungsanspruch (M. 120), oder auch aus dem etwaigen Vertrag (§. 182 Anm. II **a** 1) betreffs Übernahme eines Grundkapitalanteils, oder (R.G. XXXIX, 247) aus einer gegen §. 313 Ziff. 1 verstoßenden strafbaren Handlung. So kann aber ferner auch der Gesellschaft außer dem Anspruch aus §§. 202—204 und auch neben demselben noch ein Anspruch aus besonderem Rechtsgrunde zustehen; z. B. gegen den Überlasser oder Nichtbareinleger aus dem Überlassungsvertrage oder aus der Nichtbareinlage-Zusage, oder gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats aus unzulässiger Rückzahlung eingezahlter Einlagen vor Gesellschaftsanmeldung oder fahrlässiger Berichterstattung in der errichtenden Generalversammlung. In letzterer Beziehung, betreffs Zulässigkeit eines außerhalb der §§. 202—204 bestehenden Gesellschaftsanspruchs ist allerdings die Grenze schwer zu ziehen. Sie wird wohl dahin festzustellen sein, daß für die Haftung gegenüber der Gesellschaft nur die §§. 202, 203 in Betracht

kommen, soweit kein auf freiwilliger (einseitiger oder vertraglicher) Bindung beruhendes Schuldverhältnis vorliegt, daß dagegen nicht die §§. 202, 203, sondern die allgemeinen Vorschriften des B.G., zur Anwendung zu bringen sind, soweit eine freiwillige Bindung vorliegt. Der §. 204 spottet allerdings dem Versuch, ihn in dieser Beziehung mit den §§. 202, 203 unter eine gemeinsame Regel zu bringen (§. 204 Anm. III). Soweit kein Anspruch der Gesellschaft aus §§. 202—204, sondern nur ein Anspruch der Gesellschaft aus anderen Gründen besteht, greift auch nicht die Beschränkung Platz, daß in der Regel nur die Gesellschaft Ansprüche geltend machen kann; vielmehr können in diesem Fall sowohl die Gesellschaft wie einzelne, unabhängig von einander und auch gleichzeitig, ihre nach allgemeinen Grundsätzen etwa begründeten Forderungen geltend machen. Eine falsche oder unvollständige Angabe der Gründer in der Gründererklärung darüber, daß der Betrieb eines besonderen Geschäftszweiges oder der Bau einer bestimmten Eisenbahnlinie staatlich genehmigt oder sonst gesichert sei, würde nach Vorstehendem, weil unter die einzelnen in §. 202 aufgeführten Fälle nicht zu bringen (M. 120; dagegen Ring Art. 213a Anm. 6) und keine freiwillige Bindung der Gründer begründend, seitens der Gesellschaft überhaupt nicht, dagegen seitens der einzelnen Geschädigten nach allgemeinen Grundsätzen als anspruchbegründend geltend gemacht werden können.

II. **Haftung der Gründer** (§. 187) **gemäß §. 202.**

a. **Wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben.**

1. Gegenstand der Angaben. Als solcher kommt nur in Betracht 1. die Zeichnung des Grundkapitals, 2. die Einzahlung des Grundkapitals, 3. die im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen (über Sondervorteile von Aktionären, Nichtbareinlagen, Überlassung von Vermögensgegenständen, Gründungsaufwand). Der Zweck der Angabe muß gerichtet sein auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Dergleichen Angaben sind insbesondere die in §. 195 Anm. Ie 2, f 2—7 Genannten. Aber auch die Gründererklärung des §. 191 (R.G. in Straff. XVIII, 111, R.G. XXVI, 41, Denkschr. 123). Nicht bloß die Angaben, welche in Ansehung der obigen Gegenstände die Gründer zu machen verpflichtet sind, sondern alle Angaben, welche sie (auch ohne Verpflichtung) „machen" (Staub Art. 213a §. 2; dagegen Behrend §. 110 Anm. 8). „Angabe in Ansehung der Einzahlung" ist in den §§. 202, 203 nur eine abgekürzte Fassung für „Angabe über Einzahlung und Besitz des Vorstandes". Auch eine in letzterer Beziehung falsche oder unvollständige Angabe fällt unter §§. 202, 203 (R.G. in Straff. XXIV, 291, dessen Begründung jedoch nicht zu billigen; vgl. §. 195 Anm. IVe). „Angabe in Ansehung der im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen" ist zunächst nur eine Angabe in Ansehung des diesbezüglichen Satzungsinhalts; ferner aber auch eine Angabe in Ansehung der jenen Festsetzungen zu Grunde liegenden oder zu ihrer Ausführung geschlossenen Verträge oder der Art, Höhe und Empfänger der einzelnen Teile des gewährten Gründungsaufwandes (§. 195 Abs. 2 Ziff. 2); ebenso auch die in der Gründererklärung enthaltenen Angaben über dasjenige, was jenen Satzungsbestimmungen und Verträgen zu Grunde liegt Das Gleiche wird man aber auch wohl bezüglich der bei anderer Gelegenheit seitens der Gründer über diese Gegenstände abgegebenen Erklärungen anzunehmen haben (dagegen M. 120, Staub Art. 213a §. 1, 2), solange nur die Abgabe der Erklärung entweder gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber deren Organen erfolgt, also z. B. bei Angaben gegenüber den Prüfern des Gründungsherganges (R.G. in Straff. XVIII, 112, Cosack §. 121 I 1a) oder gegenüber der errichtenden Generalversammlung (vgl. R.G. XVIII, 64 für den Rechtszustand vor 1884). In den letzteren Fällen

liegt die Eintragung der Gesellschaft als Zweck (wenn auch nicht als unmittelbarer) ebenso vor, wie bei der Gründererklärung. Insoweit der §. 202 für nicht anwendbar zu erachten ist, kommen nicht dessen Sondervorschriften, vielmehr die allgemeinen Vorschriften des B.G. zur Anwendung (oben Anm. I)

2. Art und Inhalt der Haftung. Befreiung von Haftung. Die Angebenden (in der Regel also alle Gründer) haften als Gesamtschuldner (B.G. §§. 421 ff.) auf Grund der Thatsache der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit. Der einzelne Gründer ist jedoch frei von Haftung, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe nicht kannte, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte (§. 202 Abs. 2, R.G. in Straff. XVIII, 108). Den Beweis der befreienden Thatsache hat er zu führen. Der Inhalt der Haftung besteht in erster Reihe in der (für bestimmte, nicht für alle Fälle) in §. 202 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 näher verordneten besonderen Art des (vollständigen oder annähernden) Ersatzes (vgl. §. 203 Anm. II) desjenigen, was nach den gemachten Angaben als vorhanden angesehen werden mußte. Hiernach ist ein an der Zeichnung des Grundkapitals fehlender Betrag von den Gründern als Mitberechtigten und Mitverpflichteten zu übernehmen. Entsprechend wohl auch ein bei der Stufengründung an der Übernahme fehlender Betrag. Auf den Fall der Gleichgründung findet die Vorschrift nach ihrem Wortlaut („Zeichnung"; §. 188 Anm. IIIa) keine Anwendung; ob sie trotz ihres Ausnahmekarakters auch hierauf auszudehnen, ist zweifelhaft (für Bejahung Staub Art. 213a §. 2, Behrend, §. 110 Anm. 6). Für die Übernahme seitens der Gründer gemäß §. 202 ist keine Form vorgeschrieben. Fehlende Einzahlungen sind zu leisten; hierunter sind (K.B. 12) die bei Anmeldung der Gesellschaft als eingezahlt bescheinigten (§. 195 Anm. Ie 2), aber in Wahrheit nicht eingezahlten oder nicht im Besitz des Vorstandes befindlichen gemeint, nicht etwa auch später eingeforderte Zahlungen (über die letzteren vgl. §. 202 Abs. 3). Eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen (und dennoch gewährt, R.G. XXVI, 42) ist, ist zu ersetzen; die Rückübertragung der etwa als Vergütung gewährten, inzwischen wertlos gewordenen Anteilrechte genügt nicht (R.G. XXVI, 42). Soweit durch die vorstehend erwähnten Leistungen nicht der Schaden vollständig ersetzt ist, tritt Schadensersatzpflicht nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen des B.G. §§. 249 ff. ein. Als unmittelbar Geschädigte ist die Aktiengesellschaft anzusehen (R.G. XVIII, 73). — Die entsprechende Strafvorschrift enthält §. 313 Ziff. 1.

b. **Wegen böslicher Schädigung der Gesellschaft durch Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen.** Der §. 202 behandelt nur den Fall, daß „von Gründern" eine derartige Schädigung erfolgt ist. Notwendig ist wohl nicht, daß gerade ein Gründer der Nichtbareinleger oder Überlasser ist. Abweichend von dem Falle zu a muß im Falle zu b die Gesellschaft die „Böslichkeit" der Schädigung beweisen. Indessen nur, daß bei einem Gründer Böslichkeit vorlag. Wird dieser Beweis geführt, so haften alle Gründer (§. 202 Abs. 1 Satz 2) als Gesamtschuldner (B.G. 421). Der einzelne Gründer kann sich jedoch durch den Gegenbeweis befreien, daß er die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte (§. 202 Abs. 2). Unter Böslichkeit (derselbe Ausdruck in H.G.B. §. 269 Abs. 5, §. 273 Abs. 2, B.G. §. 1567, Börsenges. §. 43) ist nicht nur der Vorsatz begriffen, sondern auch der frevelhafte Leichtsinn und Mutwillen, bei welchem der Handelnde sich der mit dem Handeln verbundenen Gefahr bewußt ist (P. 5112, 5114; M. 122 unter Bezugnahme auf Str. Bd. 58 S. 20, R.O.H. I, 158, VI, 432, VIII, 429, IX, 302, X, 218, XII, 282,

R.G. v. 30. Septb. 1882 in Beilage 3 zum Reichsanzeiger v. 21. Novb. 1882; vgl. ferner R.O.H. XVII, 301, R.G. I, 22). Eine zweifellos übermäßige Wertbemessung eingelegter oder überlassener Gegenstände wird fast immer zugleich eine bösliche Handlungsweise enthalten (M. 122); unter Umständen kann jedoch selbst eine übermäßige Wertbemessung zulässig sein, weil für die Gesellschaft die anderweiten Vorteile der Gründung überwiegen (M. 121). Der Schade, welcher der Gesellschaft (oben Anm. I) durch die bösliche Handlungsweise entstanden ist, ist ihr zu ersetzen (B.G. §§. 249 ff.).

c. **Wegen Ausfalls infolge Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs.** Haftbar sind nur „die", d. h. diejenigen unter den Gründern, welche 1. die Beteiligung des Grundkapitalanteil-Übernehmers angenommen haben und 2. seine Zahlungsunfähigkeit (vgl. K.O. §. 102) kannten. Diese Gründer haften als Gesamtschuldner (B.G. §§. 421 ff.) auf Schadensersatz (B.G. §§. 249 ff.). Zahlungsunfähigkeit liegt schon dann vor, wenn der Übernehmer unfähig war, einen so hohen Betrag einzuzahlen, wie er einzulegen sich verpflichtet hat (vgl. M. 123). Der Fall einer Leistungsunfähigkeit bei Nichtbareinlage ist entsprechend zu behandeln wie derjenige der Zahlungsunfähigkeit bei Bareinlage.

Für die Kenntnis der Gründer entscheidend ist der Zeitpunkt des Annehmens der Beteiligung, also bei Gleichgründung der Zeitpunkt der Übernahmeverhandlung (§. 182 Anm. IIIb, §. 188 Anm. IIIb), bei Stufengründung bezüglich der „übernommenen" (§. 188 Anm. IIIa) Anteile der Zeitpunkt der Übernahmeverhandlung (§. 182 Anm. IIIb), bezüglich der „gezeichneten" Anteile der Zeitpunkt der Zuteilung (§. 189 Anm. II); unerheblich ist eine erst zur Zeit der Anmeldung etwa vorhandene Kenntnis (Denkschr. 129, K.B. 64). Die Haftung der Gründer tritt nur ein, soweit ein Ausfall eintritt, ist mithin nur eine ergänzende gegenüber derjenigen des ursprünglichen Übernehmers des Grundkapitalanteils (M. 123). Der ursprüngliche Übernehmer seinerseits, wenn er das Anteilrecht nach Eintragung der Gesellschaft veräußert hat, kann nur nach Maßgabe der §§. 218 ff. in Anspruch genommen werden. Hieraus folgt unter Umständen (§. 220 Abs. 2) mittelbar auch für die Gründer eine Abkürzung der Zeit (§. 206), während welcher sie haften. Wann das Vorhandensein eines Ausfalls als feststehend anzusehen, ist freier Beurteilung überlassen; es bedarf nicht vorheriger Klage und fruchtloser Vollstreckung gegen den Übernehmer des Grundkapitalanteils (M. 123). Unerheblich ist, ob der Ausfall bei der ersten oder einer späteren Einforderung eintritt; an den letzteren Fall ist in erster Reihe gedacht.

III. **Haftung Mitwirkender.**

a. **Bei Nichtaufnahme einer Vergütung unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand.** §. 202 Abs. 4 Ziff. 1. Die Haftung des Empfängers oder Dritter tritt nicht schon ein, wenn sie Kenntnis von der Thatsache der Nichtaufnahme (oben Anm. IIa 1) haben, sondern nur (unter den im Gesetz näher bestimmten Voraussetzungen) wenn eine Verheimlichung, d. h. eine beabsichtigte Geheimhaltung seitens der Gründer in Betracht kommt. Dies kann der Fall sein selbst wenn die Vergütung noch vor Feststellung der Satzung gewährt ist (M. 123). „Nach den Umständen annehmen mußte" ist gleichbedeutend mit „trotz Kenntnis der Umstände fahrlässig nicht annahm" (B.G. §. 122 Abs. 2; ebenso Staub Art. 213a §. 7 unter Bezugnahme auf St.G.B. §. 259, R.G. in Straff. II, 143 gegen Ring Art. 213a Anm. 12 und R.G. in Straff. VII, 86).

b. **Bei böslicher Schädigung der Gesellschaft durch Nichtbareinlagen oder Überlassung von Vermögensgegenständen.** §. 202 Abs. 4 Ziff. 2. Nur bei wissentlicher Mitwirkung zu einer derartigen böslichen Schädigung (oben Anm. IIa 2) haftet der Dritte.

§. 203.

Haftung der Ankündiger.

Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung eine öffentliche Ankündigung der Aktien erläßt, um sie in den Verkehr einzuführen, ist der Gesellschaft im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben, welche die Gründer in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung der im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, sowie im Falle einer böslichen Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Uebernahmen für den Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens mit den im §. 202 bezeichneten Personen als Gesammtschuldner verhaftet, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

A.D.H. Art. 213b. **Entw. I** §. 189. **Entw. II** §. 201.

§. 203.

I. **Ankündigung trotz Vorliegens von Verstößen der Gründer.** Nur hierauf beziehen sich die Bestimmungen des §. 203, nicht auf den Inhalt der Ankündigung (Denkschr. 129). Das Gesetz will auf diesem Umwege die Ankündiger zur aufmerksamen Beachtung der in §. 203 bezeichneten Angaben der Gründer und der etwa erfolgten derartigen Schädigungen anhalten.

a. **Öffentliche Ankündigung zwecks Einführung in Verkehr.**

1. Öffentlich ist die Ankündigung, wenn sie sich an einen nicht begrenzten Kreis von Personen wendet (R.G. XXXIX, 248) und in einer Weise erfolgt, welche geeignet ist, sie zur Wahrnehmung seitens einer Mehrheit von Personen zu bringen (R.G. in Straff. I, 358, die zu St.G.B. §. 200 ergangenen Entscheidungen und H.G.B. §. 25 Anm. IVa).
2. „Erlassen" wird eine Ankündigung wohl nur von demjenigen, der nicht nur die Kundgebung veranlaßt hat, sondern auch nach dem Inhalt derselben als Kundgebender für weitere Kreise erkennbar ist. (Vgl. in Börsenges. §. 43 die Gegenüberstellung: „diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht"). Ist diese Erkennbarkeit vorhanden, so ist unerheblich, ob eine ausdrückliche Unterzeichnung der Ankündigung erfolgt ist (Staub Art. 213b §. 1 gegen Ring Art. 213b Anm. 3). Bei einer im redaktionellen Teil einer Zeitung enthaltenen Ankündigung ist Ankündiger jedenfalls der Redaktör, da er sich nach außen in eigenem Namen äußert; ist jedoch durch den Inhalt der Kundgebung oder durch die Stelle des Blattes, an welcher sie steht, erkennbar gemacht, daß ein anderer die Kundgebung veranlaßt hat, und hat dieser letztere in diese Erkennbarmachung gewilligt, so haftet auch der andere als Mitankündiger (abweichend hiervon und von einander Staub Art. 213b §. 1 und Ring Art. 213b Anm. 3). Eine Zeichnungsstelle als solche gehört in der Regel nicht zu den die Ankündigung Erlassenden (vgl. M. 127, unten Anm. IV).
3. „Aktien." M. 127: „d. h. Aktienrechte, seien es Aktien, Promessen, Interimsscheine oder Zeichnungen." Das Angekündigte ist das Anteilrecht (§. 179

Anm. II), aber nicht notwendig ein bereits bestehendes (vgl. Esser Anm. 4), sondern möglicherweise ein künftiges, was schon daraus hervorgeht, daß auch auf Ankündigung vor Eintragung der Gesellschaft Bezug genommen ist. Nicht anwendbar ist §. 203 auf Ankündigung von Schuldverschreibungen. Dagegen anwendbar auf neue Anteilrechte bei Erhöhung des Grundkapitals (ebenso Esser Anm. 1).

4. Zwecks Einführung in den Verkehr. Die beiden Hauptfälle derartiger Ankündigungen sind (M. 127) die „Emission", sei es als Aufforderung zur Zeichnung oder als Aufforderung zum Erwerb bereits bestehender Anteilrechte, und die Veröffentlichung eines Prospekts als Vorbereitung des Antrags auf Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel (Börsenges. §. 38). — Nicht jener Zweck wird verfolgt z. B. bei öffentlichem Ausgebot der Aktien eines verstorbenen oder zahlungsunfähig gewordenen Gründers durch Notar oder Gerichtsvollzieher behufs Verwertung für die Masse (M. 127). — „Inverkehrbringen" ist nicht gleichbedeutend mit „erster Ausreichung durch den Aussteller", liegt vielmehr erst in der Zuführung des Papiers an einen größeren Kreis von Erwerbern, gleichgiltig ob seitens des ersten Ausreichers oder seitens der Zwischeneigentümer (R.O.H. XX, 255). Aktien, welche an der Börse schon gehandelt werden, fallen nicht unter die Vorschrift, denn sie sind bereits im Verkehr und können nicht mehr in denselben eingeführt werden (Esser Anm. 5).

5. Zeitgrenze. Der §. 203 betrifft nur diejenigen Ankündigungen, welche vor Eintragung der Gesellschaft (§. 200 Anm. I) oder innerhalb zwei Jahren nach dieser Eintragung erfolgen. — Über Verjährung vgl. §. 206.

b. **Unrichtige oder unvollständige Angaben oder bösliche Schädigung.** Nur Verstöße der Gründer der in §. 202 **Abs. 1** gedachten Art (§. 202 Anm. **IIa, b**), nicht auch solche der in §. 202 **Abs. 3** gedachten Art (§. 202 Anm. IIc) kommen in Betracht.

c. **Kenntnis oder Kennenmüssen des Ankündigers.** Kennenmüssen ist Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit (B.G. §. 122). Der §. 203 spricht zwar nicht aus, setzt jedoch voraus, daß der Ankündiger eine Prüfung der in §. 203 bezeichneten Punkte nicht nur insoweit vornimmt, wie es in seinem eigenen Interesse liegt, sondern auch insoweit, wie es das Interesse derjenigen, an welche die Ankündigung gerichtet ist, nach den Grundsätzen eines ordentlichen Geschäftsbetriebes erfordert. Schon die Nichteinhaltung der letzteren Pflicht ist eine unter §. 203 fallende Fahrlässigkeit. Auch den Inhalt der Gründererklärung (§. 191) soll der Ankündiger bei seiner Prüfung beachten (K.B. 9; vgl. §. 202 Anm. **IIa** 1). Andererseits kann nicht verlangt werden, daß der Ankündiger besondere, bei ihm nicht vorauszusetzende Fachkenntnisse seiner Prüfung zu Grunde lege (K.B. 12).

II. **Inhalt der Haftung gemäß §. 203.** Der §. 203 bestimmt nur über eine Haftung gegenüber der Gesellschaft (vgl. §. 202 Anm. I). Die Haftung ist eine gesamtschuldnerische (B.G. §§. 421 ff.) mit den in §. 202 bezeichneten Personen. Über Verjährung vgl. §. 206. Die Haftung geht auf „Schadensersatz" (§. 203; vgl. ebenso §. 202 Abs. 4). Ob man hieraus schließen kann, daß der Inhalt der Haftung der gleiche ist wie der in §. 202 Abs. 1 näher bezeichnete Inhalt der Haftung der Gründer, hängt davon ab, ob man auch die in §. 202 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 hervorgehobenen Ersatzleistungen als Schadensersatz anzusehen hat. Dies wird wohl zu bejahen sein, und deshalb sind auch haftende Ankündiger z. B. für verpflichtet zu erachten, einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen (a. M. Staub Art. 213b §. 6). Die gegenteilige Ansicht würde in be-

stimmten Fällen entweder dazu führen, daß Gründer und Ankündiger jeder für eine andere Leistung als Gesamtschuldner haften, oder daß die Gründer allein für die Übernahme nicht gezeichneter Grundkapitalanteile, und Gründer und Ankündiger gemeinsam nur für den dann verbleibenden Schaden, die Ankündiger also nur ergänzend haften.

III. **Haftung für den Inhalt der Ankündigung.**

a. **Allgemein.** Betreffs der Haftung für den Inhalt der Ankündigung selbst enthält §. 203 keine Bestimmung. Ob und inwieweit in dieser Beziehung (insbesondere auf Grund eines Veräußerungsvertrages oder einer durch die Ankündigung begangenen strafbaren Handlung) eine Haftung eintritt, sei es gegenüber der Gesellschaft, sei es gegenüber einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des B.G. (Denkschr. 129, R.G. XXXIX, 247). Die Aufforderung zur Zeichnung bereits bestehender Anteilrechte ist in der Regel (vgl. R.O.H. XVII, 52) aufzufassen als eine Aufforderung zu Kaufangeboten (dahingestellt R.O.H. XVII, 48), und die Zuteilung auf Grund der Zeichnung als eine Annahme des Kaufangebots (vgl. §. 189 Anm. II). Das Geschäft ist ein Kauf (R.O.H. XVIII, 182) auch wenn die Gesellschaft nur errichtet, nicht bereits eingetragen ist (R.O.H. XXII, 389; vgl. §. 381 und §. 222 Anm. IV **a**, B.G. §. 433 Abs. 1 Satz 2). — Wer in Ansehung bestimmter Thatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im §. 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien macht, ist strafbar nach §. 313 Ziff. 2. Vgl. auch die über den Fall des Prospekts hinausreichende Strafvorschrift in Börsenges. §. 75 Abs. 3 (unten Anm. III **b**).

b. **Insbesondere Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind.** Hierüber bestimmt das Börsenges. v. 22. Juni 1896 (R.G.Bl. 157) in der durch E.G. z. H.G.B. Art. 14 geänderten Fassung:

§. 38 Abs. 2. „Vor der Zulassung ist, sofern es sich nicht um deutsche Reichs- oder Staatsanleihen handelt, ein Prospekt zu veröffentlichen, welcher die für die Beurteilung des Wertes der einzuführenden Papiere wesentlichen Angaben enthält. Das Gleiche gilt für Konvertierungen und Kapitalserhöhungen. Der Prospekt muß den Betrag, welcher in den Verkehr gebracht, sowie den Betrag, welcher vorläufig vom Verkehr ausgeschlossen werden soll, und die Zeit, für welche dieser Ausschluß erfolgen soll, ersichtlich machen."

§. 43. „Sind in einem Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, Angaben, welche für die Beurteilung des Wertes erheblich sind, unrichtig, so haften diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospektes ausgeht, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, als Gesamtschuldner jedem Besitzer eines solchen Wertpapieres für den Schaden, welcher demselben aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst. Das Gleiche gilt, wenn der Prospekt infolge der Fortlassung wesentlicher Thatsachen unvollständig ist und diese Unvollständigkeit auf böslichem Verschweigen oder auf der böslichen Unterlassung einer ausreichenden Prüfung seitens derjenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder derjenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, beruht.

Die Ersatzpflicht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prospekt die Angaben als von einem Dritten herrührend bezeichnet."

§. 44. „Die Ersatzpflicht erstreckt sich nur auf diejenigen Stücke, welche auf Grund des Prospekts zugelassen und von dem Besitzer auf Grund eines im Inlande abgeschlossenen Geschäfts erworben sind.

Der Ersatzpflichtige kann der Ersatzpflicht dadurch genügen, daß er das Wertpapier gegen Erstattung des von dem Besitzer nachgewiesenen Erwerbspreises oder desjenigen Kurswertes übernimmt, den die Wertpapiere zur Zeit der Einführung hatten.

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer des Papiers die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerbe kannte. Gleiches gilt, wenn der Besitzer des Papiers bei dem Erwerbe die Unrichtigkeit der Angaben des Prospekts bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten beobachtet, kennen mußte, es sei denn, daß die Ersatzpflicht durch bösliches Verhalten begründet ist."

§. 45. „Der Ersatzanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Zulassung der Wertpapiere."

§. 46. „Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§. 43 bis 45 begründete Haftung ermäßigt oder erlassen wird, ist unwirksam.

Weitergehende Ansprüche, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, bleiben unberührt."

§. 47. „Für die Entscheidung der Ansprüche aus den §§. 43 bis 46 ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich das Landgericht des Ortes zuständig, an dessen Börse die Einführung des Wertpapiers erfolgte. Besteht an diesem Landgerichte eine Kammer für Handelssachen, so gehört der Rechtsstreit vor diese. Die Revision sowie die Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts geht an das Reichsgericht."

§. 75. „Wer in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um auf den Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Wertpapieren einzuwirken, wird mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher in betrügerischer Absicht wissentlich unrichtige Angaben in Prospekten (§. 38) oder in öffentlichen Kundgebungen macht, durch welche die Zeichnung oder der Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren herbeigeführt werden soll."

Über das Verhältnis des §. 203 H.G.B. zu §§. 43 ff. Börsenges. vgl. Baer bei Holdheim Zschr. 1897 S. 101.

IV. **Zeichnungsstelle.** Das Rechtsverhältnis der Zeichnungsstelle zu dem Ausgeber (Emissionshaus), von welchem letzteren in der Regel die Ankündigung ausgeht, und zu den Zeichnern (von Aktien, anderen Wertpapieren oder künftigen Anteilrechten) kann je nach dem Einzelfall ein verschiedenes sein (R.O.H. XVII, 49). In der Regel ist die Zeichnungsstelle nur Bevollmächtigter des Ausgebers für Entgegennahme von Zeichnungen und Sicherheitsleistungen oder Einzahlungen (R.O.H. XVII, 51, XVIII, 183, XX, 251). In einem Fall, in welchem auf Grund einer mit der Unterschrift eines ausländischen Eisenbahnunternehmens versehenen Ankündigung Schuldverschreibungen jenes Unternehmens bei inländischen Bankhäusern als Zeichnungsstellen gezeichnet waren, wurden diese Bankhäuser als (in eigenem Namen handelnde) Kommissionäre angesehen (R.O.H. XX, 251). Über das Erlassen von Ankündigungen vgl. oben Anm. I a 2.

V. **Anmeldung bei der Stempelbehörde vor Auflegung zur Zeichnung.** Das Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894 (R.G.Bl. 381) bestimmt:

§. 4. „Bevor stempelpflichtige inländische Wertpapiere zur Zeichnung aufgelegt werden, oder zu weiteren Einzahlungen auf solche aufgefordert wird, hat der Emittent hiervon der zuständigen Steuerstelle unter Angabe der Zahl, der Gattung und des Nennwertes der Stücke oder des Betrages der zu leistenden Einzahlungen nach Maßgabe eines von dem Bundesrat zu bestimmenden Formulars Anzeige zu erstatten.

Die Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift zieht Geldstrafe im Betrage von fünfzig bis fünfhundert Mark nach sich."

§. 204.

Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.

Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, die bei der ihnen durch die §§. 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns außer Acht lassen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den ihr daraus entstehenden Schaden, soweit der Ersatz des Schadens von den nach den §§. 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist.

A.D.H. Art. 213c. **Entw. I** §. 190. **Entw. II** §. 202.

§. 204.

I. **Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats.** Also jedes einzelne Mitglied, wie auch jedem einzelnen die Prüfungspflicht obliegt (§. 192 Anm. I). Ebenso jeder mit der Prüfung befaßt gewesene Stellvertreter eines Vorstandsmitgliedes (§. 242). Für Ansprüche gegen Revisoren ist nicht §. 204, sondern sind die allgemeinen Vorschriften des B.G. maßgebend (K.B. 8).

II. **Außerachtlassung der Sorgfalt bei Prüfung.** Betreffs Außerachtlassung der Sorgfalt bei anderen Obliegenheiten bestehen abweichende Vorschriften (§§. 241, 249; unten Anm. III). Sind Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats zugleich Gründer, Empfänger, mitwirkende Dritte oder Ankündiger, so kommt in erster Reihe ihre etwaige Haftung gemäß §§. 202, 203 in Betracht. Wissentlich falsche Angaben bestimmter Art sind strafbar nach §. 313 Ziff. 1.

III. **Der Gesellschaft** gegenüber bestimmt §. 204 eine Schadensersatzpflicht. Hieraus ist abzuleiten, daß nicht auch der einzelne Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger aus gleichem Grunde Ansprüche geltend machen kann (§. 202 Anm. I, R.G. XXXIX, 249). Dagegen ist für den §. 204 nicht auch die weitere Beschränkung (vgl. §. 202 Anm. I) abzuleiten, daß Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats anläßlich der Gründung nur wegen Vernachlässigung der Sorgfalt bei der ihnen nach §§. 192, 193 obliegenden Prüfung, nicht auch wegen Vernachlässigung der Sorgfalt bei anderen mit der Gründung zusammenhängenden Obliegenheiten (oben Anm. II), der Gesellschaft haftbar seien; denn die Sorgfaltspflicht ist hier keine außervertragliche, sondern folgt aus dem bestehenden Vertrags- oder Beamtenverhältnisse, und demgegenüber enthält §. 204 nur eine Ausnahme zu Gunsten der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, wonach in gewissen Fällen der Sorgfaltsverletzung ihre Haftung nur eine ergänzende sein soll.

IV. **Schadensersatzpflicht.** Über deren Inhalt vgl. §. 203 Anm. II. Die Haftung tritt nur ergänzend (subsidiär) ein, soweit nämlich von etwa gleichfalls haftenden Gründern, Aufwandsempfängern, Dritten, Ankündigern ein Ersatz des Schadens nicht zu erlangen ist. Die Frage, ob Ersatz zu erlangen, unterliegt freier Beurteilung;

es bedarf nicht unbedingt einer vorherigen Klage und Zwangsvollstreckung gegen alle Haftenden (M. 124; vgl. §. 202 Anm. IIc). Im Bestreitungsfall hat die Gesellschaft den Mangel an Sorgfalt zu beweisen. Die Bestimmung, daß die Haftung aus §. 204 nur ergänzend sei, ist wohl dahin einschränkend auszulegen, daß jene Beschränkung nur insoweit Platz greift, wie Schadensersatz „von den nach den §§. 202, 203 verpflichteten Personen auf Grund der Bestimmungen der §§. 202, 203" zu erlangen ist (§. 205 Anm. II). Die sachlichen Voraussetzungen der Haftung gemäß §. 204 sind weniger eng begrenzt als diejenigen der Haftung gemäß §§. 202, 203 (oben Anm. II); so ist in §§. 202, 203 für die Haftung bei Nichtbareinlagen oder Überlassungen (abgesehen von unrichtigen oder unvollständigen Angaben) bösliche Schädigung vorausgesetzt; für die Haftung aus §. 204 genügt die Thatsache der Schädigung in Verbindung mit Fahrlässigkeit bei Prüfung (M. 124). Die Haftung erstreckt sich nur auf den „daraus", d. h. aus der Außerachtlassung der Sorgfalt bei Prüfung entstandenen Schaden (Litthauer Anm. a). Mehrere schuldige Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats haften als Gesamtschuldner soweit derselbe Schaden in Betracht kommt, wenn auch das Verschulden jedes einzelnen Mitgliedes auf anderen Thatumständen beruht; für den Fall aber, daß durch Schuld eines Mitgliedes ein Schaden, durch Schuld eines anderen Mitgliedes ein anderer Schaden entsteht, sollte auch durch §. 204 nicht das Eintreten einer Gesamthaftung vorgeschrieben werden (K.B. 13). Ob ein Rückgriff der Gesamtschuldner zulässig, entscheidet sich nach den im Einzelfall zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen (vgl. auch B.G. §. 426).

§. 205.

Vergleiche, Verzichte bei Ansprüchen aus Gründung.

Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

A.D.H. Art. 213d. **Entw. I** §. 191. **Entw. II** §. 203.

§. 205.

I. **Vergleiche oder Verzichtleistungen.** Vergleich vgl. B.G. §. 779. Verzichtleistung (Erlaß) vgl. B.G. §. 397. Auch Entlastungsbeschlüsse gehören hierher (M. 128, B.G. §. 397 Abs. 2). Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche nach §. 205 unzulässig, sind nichtig (B.G. §. 134, K.B. 13).

II. **„Die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen."** Die Worte „aus der Gründung" (ebenso §. 268) sind aufzufassen als ein abgekürzter Ausdruck für „auf Grund der Bestimmungen der §§. 202—204." (Der §. 205 ist daher z. B. nicht anwendbar auf einen Anspruch gegen einen Gründer auf Grund eines besonderen Vertrages, so einer Dividendengarantie, Bolze Bd. 11 Nr. 475). Ein ent-

sprechender Ausdruck fehlt an den entsprechenden Stellen in §§. 204 und 206, ist jedoch wohl auch dort hinzuzudenken. Daß in allen jenen Fällen absichtlich die Beschränkung auf Ansprüche aus §§. 204—206 fortgelassen worden, ist nicht anzunehmen, denn einerseits sind Ansprüche der Gesellschaft gegen „die nach §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen" auch außerhalb der Bestimmungen der §§. 202—204 denkbar (§. 202 Anm. I, §. 204 Anm. III), und andererseits war nicht beabsichtigt, auch für diese Fälle durch Sonderbestimmungen (wie §§. 205, 206 enthalten) in das allgemeine bürgerliche Recht einzugreifen (M. 120). Auch §. 205 betrifft nur Ansprüche der Gesellschaft (§. 202 Anm. I).

III. **Zeitgrenze.**

a. **Nach Ablauf von 5 Jahren.** In A.D.H. Art. 213d war nur eine dreijährige Zeitgrenze bestimmt. Aus der Verlängerung dieser Frist auf fünf Jahre (K.B. 65) in Verbindung mit der in gleicher Weise bemessenen Verjährungsfrist des §. 206 ergiebt sich, daß (abgesehen von dem Fall des §. 205 Satz 2) Vergleiche oder Verzichtleistungen des in §. 205 gedachten Inhalts überhaupt nur nach Verjährung des Anspruchs zulässig sind, es sei denn, daß die Verjährung gehemmt oder unterbrochen war. Die Frist beginnt in beiden Fällen mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister des Sitzes (§. 198; vgl. §. 159 Abs. 2).

b. **Ausnahmsweiser Wegfall der Zeitgrenze.** Keine Zeitbeschränkung, wohl aber die allgemeinen Beschränkungen (unten Anm. IV), finden Platz, sofern derjenige, gegen welchen die Gesellschaft einen Anspruch zu haben glaubt, im Falle der Zahlungsunfähigkeit (K.O. §. 102; vgl. H.G.B. §. 202 Anm. II c) zur Abwendung eines bevorstehenden oder Beseitigung eines eröffneten Konkursverfahrens mit „seinen Gläubigern" sich vergleicht (§. 205 Satz 2), d. h. mit der Gesamtheit seiner Gläubiger, wenn auch nicht gerade mit jedem einzelnen und nicht unter denselben Bedingungen (M 129, K.B. 13).

IV. **Beschränkungen.**

a. **Zustimmung der Generalversammlung.** Indem die Generalversammlung die Zustimmung erteilt, wird sie nicht zur vertragschließenden Behörde; außer der Zustimmung der Generalversammlung bleibt daher, wie bei sonstigen Verträgen, die Abgabe der Vertragsabschlußerklärung seitens des Vertreters der A.G. (§§. 231, 232, 247) erforderlich.

b. **Minderheitsrecht.** Erhebt eine Minderheit, deren Anteile mindestens den fünften Teil des (vorhandenen) Grundkapitals darstellen, Widerspruch, so ist der beabsichtigte Vergleich oder Verzicht unzulässig. Dies jedoch nur, „soweit" sie Widerspruch erhebt; die von dem Widerspruch nicht berührten Teile der Abmachung bleiben bestehen (M 129; vgl. B.G. §. 139). Widerspruch kann auch durch einfaches Gegenstimmen erhoben werden; es bedarf nicht etwa einer besonderen Erklärung zu Protokoll (vgl. §. 271 Abs. 3). Diesem Wiederspruchsrecht der Minderheit entspricht das Minderheitsrecht des §. 268, die Geltendmachung der fraglichen Gesellschaftsansprüche zu verlangen. Im A.D.H. war die Minderheit auch des (jetzt durch §. 268 ersetzten) Art. 223 auf den fünften Teil des Grundkapitals bestimmt, und mit Rücksicht hierauf im Art. 213d (jetzt §. 205) einer gleich hohen Minderheit das Widerspruchsrecht gegeben. Die Reichstagskommission änderte in erster Lesung den jetzigen §. 268 (und §. 270) dahin, daß bereits eine Minderheit, welche den zehnten Teil des Grundkapitals darstelle, die Verfolgung verlangen könne (K.B. 92). Den in zweiter Lesung gestellten Antrag, nunmehr entsprechend auch im jetzigen §. 205 dem zehnten Teil des Grundkapitals ein Widerspruchsrecht einzuräumen, wurde abgelehnt (K.B. 66). Aus dem (neu aufgenommenen) §. 270 folgt, daß sobald eine Minderheit von

einem Zehntel des Grundkapitals die Geltendmachung eines Anspruchs gemäß §. 268 verlangt hat, ein Vergleich oder Verzicht nur zulässig ist, wenn von den die (betreffende) Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals darstellen. Für diesen Fall müssen die Erfordernisse sowohl des §. 205, wie auch des §. 270 gewahrt sein.

§. 206.

Verjährung der Ansprüche aus Gründung.

Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.

A.D.H. Art. 213e. **Entw. I** §. 192. **Entw. II** §. 204.

§. 206.

I. **Ansprüche der Gesellschaft.** Vgl. §. 202 Anm. I, §. 204 Anm. III.

II. **„Gegen die nach den §§. 202—204 verpflichteten Personen“.** Gemeint sind nur Ansprüche „auf Grund der Bestimmungen der §§. 202—204“ (§. 205 Anm. II).

III. **Verjährung.** Vgl. §. 159 Anm. II. Über den Zusammenhang der fünfjährigen Frist mit der gleichen Frist in §. 205 vgl. §. 205 Anm. III a.

Nachgründung.

§. 207.

Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Theil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden.

Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrath den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten.

Der Beschluß, durch welchen dem Vertrage die Zustimmung ertheilt wird, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Wird der Vertrag im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Antheile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen.

Nach erfolgter Zustimmung der Generalversammlung hat der Vorstand den Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift mit dem Berichte des Aufsichtsraths nebst dessen urkundlichen Grundlagen zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Bildet der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens, so finden auf einen solchen Erwerb die Vorschriften der Abs. 1 bis 4 keine An-

wendung. Das Gleiche gilt für den Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung.

A.D.H. Art. 213f Abs. 1—4, 6. **Entw. I** §. 193. **Entw. II** §. 205.

§. 207.

I. Nachgründungsvertrag.

a. Vertragschließender. („Vertrag der Gesellschaft.") Während der Übernahmevertrag des §. 186 in erster Reihe zwischen Einzelpersonen, wenn auch für die Gesellschaft geschlossen wird, und die Gesellschaft ihn bei ihrer Errichtung bereits fertig vorfindet und erst mit der Errichtung Vertragspartei wird, handelt es sich bei dem Nachgründungsvertrag des §. 207 um einen Vertrag, welcher durch bereits vorhandenene verfassungmäßige Behörden der Gesellschaft namens derselben geschlossen wird. Ein Vertrag kommt daher nur zu Stande, wenn die gesetzlichen Vertreter der A.G. (§§. 231, 232, 247) die Vertragsabschlußerklärung abgeben (§. 205 Anm. IVa; vgl. §. 207 Anm. Id).

b. Gegenstand des Vertrages: Erwerb von Betriebsanlagen oder unbeweglichen Gegenständen. Durch den Übernahmevertrag des §. 186 kann ein beliebiger Vermögensgegenstand erworben werden (§. 186 Anm. IIIa 2); ein Nachgründungsvertrag ist nur vorhanden, wenn Betriebsanlagen oder unbewegliche Gegenstände (letztere mit Ausnahme der in §. 207 Abs. 5. genannten Fälle) erworben werden sollen. Handelt es sich nach Gesellschaftserrichtung um den Erwerb anderer Vermögensgegenstände oder um den Erwerb unbeweglicher Gegenstände in den Fällen des §. 207 Abs. 5, so sind die Beschränkungen des §. 207 nicht anwendbar (vgl. §. 186 Anm. IIId). Der bisherige Art. 213f A.D.H. erwähnte nur allgemein „Anlagen oder unbewegliche Gegenstände". Der Begriff der Anlagen ist jetzt in §. 207 Abs. 1 dahin erläutert (Denkschr. 130), daß darunter nur die „dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmten" zu versehen sind. Dadurch, daß dieser Zusatz nicht auch in den entsprechenden §. 186 aufgenommen ist, ergiebt sich zwar eine Verschiedenheit der Wortfassung, aber ohne hieraus folgende sachliche Abweichung (§. 186 Anm. IIIa 2). — Die **erste Ausnahme** des §. 207 Abs. 5 ist auf den Fall zu beschränken, daß in der Satzung der Erwerb von Grundstücken besonders als einer der Gegenstände des Unternehmens (§. 182 Anm. IVb 3) hervorgehoben ist; es genügt nicht, daß er unter eine etwa geschehene allgemeine Bezeichnung, wie etwa „Handelsgeschäfte aller Art" mit gebracht werden kann. Der Erwerb von Grundstücken muß einer der Hauptzwecke des Unternehmens sein (wie bei Baugesellschaften, Landgesellschaften, K.B. 14); von der Befreiung wird nicht betroffen der Erwerb eines für den sonstigen, andersartigen Gegenstand des Unternehmens erforderlichen Grundstücks (Johow X, 33, Oberstes Landesger. Baiern vom 20. April 1895 bei Holdheim Ztschr. 1896 S. 201). — Die **zweite Ausnahme** des §. 207 Abs. 5 ist auf den Fall zu beschränken, daß die Gesellschaft bei der Zwangsversteigerung als Gläubigerin beteiligt ist (Staub Art. 213f §. 9, Ring Art. 213f Anm. 10).

c. Vergütung. Vgl. §. 186 Anm. IIIc. Den beschränkenden Vorschriften des §. 207 unterliegen nur diejenigen Verträge, bei denen die von der Gesellschaft zu gewährende Vergütung den zehnten Teil des Grundkapitals (§. 178 Anm. IIa) übersteigt. Die Ausdrucksweise ist zwar verständlich, aber nicht ganz genau. Gemeint ist, daß die Zahl, welche in Währung den Wert der Vergütung ausdrückt, nicht höher sein darf als die Zahl, durch welche ein Zehntel des (als willkürlicher Nennbetrag zu Grunde gelegten) Grundkapitals dargestellt wird. Zwei Zahlen sind zu vergleichen, von denen die erste einen Wert ausdrückt,

die zweite einen Rechnungsposten darstellt, bei welchem an sich nur die Zahl als solche (durch ihr Verhältnis zu anderen Zahlen), nicht die Bezugnahme auf eine bestimmte Währung wesentlich ist.

d. **Zeitgrenze.** Nur diejenigen Verträge fallen unter §. 207, welche vor Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister des Sitzes (§. 198) geschlossen werden. Vor Eintragung geschlossen und mithin unter §. 207 fallend sind auch die zwischen Errichtung und Eintragung geschlossenen Verträge (etwas ungenau daher §. 207 Abs. 3 Satz 2). Auf die vor Errichtung geschlossenen Verträge findet §. 186, nicht §. 207, Anwendung (§. 186 Anm. IIId). Der Zeitpunkt des „Schließens" des Vertrages ist nicht der Zeitpunkt des zustimmenden Generalversammlungsbeschlusses, sondern der (in der Regel vorher liegende) der erklärten Willenseinigung zwischen dem Dritten und dem Vertreter der Gesellschaft (oben Anm. Ia).

e. **Form.** Das Erfordernis der Schriftlichkeit folgt aus den Bestimmungen in §. 207 Abs. 2, 4.

II. **Beschränkungen.**

a. **Prüfung und Berichterstattung durch Aufsichtsrat.** Abweichend von §. 192 ist nur eine Prüfung durch den Aufsichtsrat vorgeschrieben, und nicht eine Prüfung durch dessen einzelne Mitglieder, sondern eine solche durch den Aufsichtsrat als Behörde. Die Prüfung wird (entsprechend dem §. 193 Abs. 1 Satz 2) auch darauf zu richten sein, ob die gewährte Vergütung eine angemessene ist. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften hierfür gemäß §. 249, nicht gemäß §. 204 (K.B. 14). — Ist Prüfung oder Berichterstattung nicht erfolgt, so ist der etwa ergangene Zustimmungsbeschluß (und infolgedessen auch der Nachgründungsvertrag) nicht nichtig, sondern nur anfechtbar gemäß §. 271 (Staub Art. 213f §. 5, Ring Anm. 5, Esser Anm. 3).

b. **Zustimmung der Generalversammlung.** Vgl. §. 205 Anm. IVa. Erst durch Erteilung der Zustimmung mit der vorgeschriebenen Mehrheit wird der Vertrag wirksam (§. 207 Abs. 1, K.B. 14).

c. **Minderheitsrecht.** Für die Zustimmungserklärung der Generalversammlung genügt nicht die einfache Mehrheit. Ist der Nachgründungsvertrag im ersten Jahr nach Eintragung (oder zwischen Errichtung und Eintragung) geschlossen, so muß die Mehrheit sowohl ein Viertel des gesamten wie drei Viertel des bei der (betreffenden) Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals darstellen; ist der Nachgründungsvertrag im zweiten Jahr nach Eintragung geschlossen, so braucht nur das zweite dieser Erfordernisse vorhanden zu sein. Im Bericht der Reichstags-Kommission (K.B. 65) wurde als übereinstimmende Ansicht der Regierung und der Kommission festgestellt, daß die Fassung „bei der Beschlußfassung vertretenes Grundkapital" die Folge habe, daß „nicht abstimmende Aktionäre bei Feststellung des Abstimmungsergebnisses nicht mitzuzählen" seien. Die neue Fassung sei gewählt, um die Zweifel, welche bei der Fassung des bisherigen Art. 213f A.D.H.: „Des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals" aufgeworfen seien, zu beseitigen. Demgemäß sind diejenigen Anteile nicht mitzuzählen, bezüglich deren die Berechtigten zwar anwesend sind, aber mittels ausdrücklicher Erklärung oder stillschweigend sich der Abstimmung enthalten (vgl. Esser Anm. 1). — Enthält die Satzung Beschränkungen des Stimmrechts (§. 252 Abs. 1 Satz 2, 3), so ergiebt sich die Notwendigkeit einer doppelten Abstimmung, um zunächst zu ermitteln, ob überhaupt eine Mehrheit bei satzungsgemäßer Berechnung vorhanden ist (Esser Anm. 1).

d. **Einreichung.** Der Vorstand hat, nachdem eine Zustimmung (mit den vorgeschriebenen Mehrheiten) erfolgt ist, den Vertrag (oder öffentlich beglaubigte

Abschrift), den Bericht des Aufsichtsrats und dessen urkundliche Grundlagen (vgl. §. 195 Anm. I f 9) zum Handelsregister des Sitzes, nicht auch einer nicht mit dem Sitz verbundenen Niederlassung (§. 207 Abs. 4 Satz 2, § 201 Anm. II) einzureichen. Dies ist nur Ordnungsvorschrift, ohne Einfluß auf die (schon vorher eingetretene) Wirksamkeit des Vertrages (Staub Art. 213f § 5, Ring Art. 213f Anm. 7, Esser Anm. 5).

§. 208.

Vor Eintragung vereinbarte Nachgründung.

Erwirbt die Gesellschaft vor dem Ablaufe der im §. 207 Abs. 1 bezeichneten Frist Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung, so kommen in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§. 202, 205, 206 zur Anwendung.

A.D.H. Art. 213f Abs. 5. **Entw. I** §. 194. **Entw. II** §. 206.

§. 208.

I. **Verhältnis des §. 208 zu §. 186 Abs. 2 und zu §. 207.**

a. **Verhältnis zu § 186 Abs. 2.** Die Voraussetzungen des §. 208 sind stets verschieden von denen des §. 186 Abs. 2, so daß im Einzelfall immer nur eine von beiden Vorschriften anwendbar sein kann. Der §. 186 Abs. 2 setzt voraus, daß nach Absicht der Einzelpersonen, welche den Übernahmevertrag mit einander vereinbaren, dieser Übernahmevertrag sogleich mit der Errichtung (wenn auch möglicherweise als bedingter oder befristeter) wirksam für die Gesellschaft werden soll. Die in §. 208 genannte „von Gründern getroffene Vereinbarung" geht dagegen dahin, daß die Gesellschaft erst nach ihrer Errichtung erwerben (d. h. den Erwerbsvertrag abschließen) soll. [Eigentums-„Erwerb" kann hier nicht gemeint sein, da nicht an allen „Vermögensgegenständen" Eigentum möglich ist; vgl. auch §. 226 Anm. I a]. Die Denkschr. 130 bemerkt zwar: „Ist von den Gründern eine Vereinbarung der fraglichen Art (§. 208) getroffen worden, so mußte dieselbe bei richtigem Verfahren nach Maßgabe des §. 186 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden". So wie dieser Satz lautet, ist er nicht als zutreffend anzuerkennen. Es handelt sich aber wohl nur um eine ungenaue Fassung des Gedankens, daß das Verfahren der Gründer, welche eine Vereinbarung der in §. 208 gedachten Art und nicht vielmehr eine Vereinbarung der in §. 186 gedachten Art treffen, sittlich nicht das richtige sei. Im Gegensatz zu vorstehender Auffassung wird in der Entscheidung Johow X, 29 angenommen, daß, wenn nach Errichtung durch Gleichgründung eine Übernahme noch vor Anmeldung stattfinde, §. 186 Abs. 2 anwendbar und mangels Beobachtung der Bestimmungen desselben die Eintragung in das Handelsregister abzulehnen sei.

b. **Verhältnis zu §. 207.** Die Voraussetzungen der §§. 207 und 208 können im Einzelfall gleichzeitig vorliegen, brauchen aber nicht gleichzeitig vorzuliegen. Nur §. 207 ist anwendbar, wenn der Erwerb nicht in Ausführung einer vor Eintragung getroffenen Vereinbarung von Gründern erfolgt. Nur §. 208 ist anwendbar, wenn (auf Grund solcher Vereinbarung) innerhalb 2 Jahren nach Eintragung Vermögensgegenstände erworben werden, welche nicht Betriebsanlagen oder unbewegliche Gegenstände sind, oder welche unbewegliche Gegenstände

in den Ausnahmefällen des §. 207 Abs. 5 sind, oder für welche eine Vergütung von nicht mehr als ein Zehntel des Grundkapitals gewährt wird (Denkschr. 130).

II. **Voraussetzungen des §. 208.**

a. **Vermögensgegenstände.** Ebenso §. 186 Abs. 2, da das dort außerdem genannte „Anlagen" keinen Gegensatz bezeichnen, vielmehr nur Beispiel sein soll (§ 186 Anm. III a 2). Enger §. 207, wo nur Betriebsanlagen und unbewegliche Gegenstände genannt und für unbewegliche Gegenstände noch Ausnahmen in §. 207 Abs. 5 vorgesehen sind (§ 207 Anm. I b).

b. **Zeitgrenze.** Vgl. §. 207 Anm. I d.

c. **„Von Gründern getroffene Vereinbarung".** Voraussetzung ist nur, daß ein Gründer bei dem Treffen der Vereinbarung beteiligt war. (Der Art. 213f Abs. 5 A.D.H. lautete „von den Gründern"; dies ist geändert in „von Gründern; schon für Art. 213f wurde angenommen, daß es genüge, wenn ein Gründer die Vereinbarung getroffen hatte, Staub Art. 213f §. 7, Ring Art. 213f Anm. 8).

d. **In Ausführung.** Vgl. §. 195 Abs. 2 Ziff. 2.

III. **Schadensersatzpflicht.** Das Gesetz bestimmt: Wenn die Voraussetzungen des §. 208 vorliegen, „so kommen in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§. 202, 205, 206 zur Anwendung." Man könnte aus der Fassung schließen wollen, daß die Worte „in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen" eine Einschränkung enthalten sollen. Indessen ist nicht erkennbar, worin eine solche sollte liegen können. Jene Worte sind daher wohl ohne besondere Bedeutung. Die §§. 202, 205, 206 beziehen sich ohnedies nur auf Ansprüche der Gesellschaft (§. 202 Anm. I). Nicht für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der §§. 203, 204 über die Haftung der Ankündiger und der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat. Aber auch der §. 202 ist nur teilweise anwendbar, nämlich nur §. 202 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, Abs. 4 Ziff. 2, soweit sie Übernahmen betreffen. Insbesondere der §. 202 Abs. 1 Satz 1 ist, soweit es sich um Angaben über Vereinbarungen der in §. 208 gedachten Art handelt, nicht anwendbar, weil die Gründer für nicht verpflichtet zu erachten sind, dergleichen Vereinbarungen zur Festsetzung durch die Satzung zu bringen (oben Anm. I a). Ist dies richtig, so beschränkt sich die Anwendbarkeit des §. 208 überhaupt auf den Fall böslicher Schädigung der Gesellschaft durch den fraglichen Erwerb.

§. 209.

Nichtige Mitgliedscheine.

Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach §. 180 zulässigen Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber haften den Besitzern für den durch die Ausgabe verursachten Schaden als Gesammtschuldner.

Das Gleiche gilt im Falle der Ausgabe von Interimsscheinen, die auf den Inhaber lauten, sowie im Falle der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

A.D.H. Art. 215c Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 195. **Entw. II** §. 207.

§. 209.

I. **Nichtige Aktien oder Interimsscheine.** Der §. 209 hebt 3 Fälle hervor, in welchen Aktien oder Interimsscheine nichtig sind. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch noch in anderen Fällen derartige Urkunden nichtig sein können.

a. **Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach §. 180 zulässigen Betrag gestellt sind.** Jedenfalls also Aktien oder Interimsscheine unter 200 Mk.; solche unter 1000 Mk., wenn weder die erforderliche Genehmigung erteilt noch die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Daß die Nichtigkeit heilbar, ist nicht anzunehmen (unten Anm. Ic).

b. **Interimsscheine auf Inhaber.** Das Verbot der Ausgabe solcher Interimsscheine findet sich in §. 179 Abs. 3 Satz 2.

c. **Aktien oder Interimsscheine, welche vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben sind.** Das Verbot der Ausgabe findet sich in §. 200 Abs. 2. Das R.G. X, 72 nimmt an, die Nichtigkeit bestehe nur so lange, als die Gesellschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist, und der Ausgeber hafte nur für den Schaden, der durch die verfrühte Ausgabe entstanden sei. Diese Ansicht ist jedoch nicht zu billigen, und es ist nicht anzuerkennen, daß durch die Thatsache der Eintragung eine Heilung des Mangels vorher ausgegebener Urkunden eintrete (ebenso Staub Art. 215c §. 7, Ring Anm. 5, Behrend §. 109 Anm. 13a; a. M. Esser Anm. 3, Cosack §. 117 I 5f; dahingestellt R.G. v. 18. Febr. 1896 J.W. 189). War die Urkunde inzwischen weiterübertragen, so würde man bei jener Ansicht in unlösbare Schwierigkeiten geraten, sowohl wenn man eine rückwirkende Kraft der Heilung annimmt, wie auch bei Verneinung der Rückwirkung. Als zulässig ist dagegen anzuerkennen eine Heilung durch Erklärung der Gesellschaft mit Zustimmung des ersten Empfängers und aller späteren Besitzer ohne thatsächlichen Umtausch der Urkunde (ähnlich R.G. v. 18. Febr. 1896 J.W. 189, Behrend §. 109 Anm. 13a, Staub Art. 215c §. 7). — Mitgliedscheine, welche nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben worden, sind nicht darum nichtig, weil in Wahrheit nicht ein Viertel des Nennbetrages (§. 195 Anm. IVc) eingezahlt war (Bolze Bd. 22 Nr. 515).

II. **Haftung der Ausgeber.**

a. **Ausgeber** ist genau genommen in allen im §. 209 genannten Fällen die Gesellschaft (vgl. Reichsstempelges. §§. 3, 35), denn die Einzelpersonen, welche ausgeben, handeln doch hierbei nur namens der Gesellschaft, nicht in eigenem Namen. Der §. 209 will indessen nicht auf eine etwaige Haftung der Gesellschaft hinweisen — welche immerhin nach allgemeinen Grundsätzen bestehen kann —; indem er von „die Ausgeber" spricht, giebt er vielmehr zu erkennen, daß er mit jenem Wort die thatsächlich, wenn auch in fremdem Namen, ausgebenden Einzelpersonen bezeichnen will. Welche der beteiligten Einzelpersonen, ist indessen nicht erkennbar. Staub Art. 215c §. 3 erachtet als Ausgeber „diejenigen, welchen die Ausgabe von Aktien obliegt." Diese Begriffsbestimmung erscheint nicht zutreffend, da es auf die Handlung, nicht auf die Pflicht ankommt. Staub a. a. O. und Ring Art. 215c Anm. 3 erachten für nicht haftbar die bei der Ausgabe etwa beteiligten unselbständigen Beamten der Gesellschaft. Für eine derartige Einschränkung bietet jedoch der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt. Wäre sie beabsichtigt gewesen, so hätte es nahe gelegen, die Bestimmung des §. 209 Abs. 1 Satz 2 entweder dem §. 241 anzureihen oder sie entsprechend dem Eingang des §. 314 zu fassen. Da Grund der Haftung nicht das Rechtsgeschäft ist (denn die einzelnen Ausgeber schließen kein Rechtsgeschäft mit dem Empfänger), vielmehr der Haftungsgrund in der Thatsache der Ausgabe liegt, so wird man wohl alle diejenigen Personen für haftbar als Ausgeber anzusehen haben, welche vorsätzlich oder fahrlässig bei der Ausgabe mitgewirkt haben. Diejenigen Personen allerdings,

welchen nicht einmal eine Fahrlässigkeit bei Übertretung des Verbots vorzuwerfen ist, z. B. die Kassenboten, welche auf Anweisung ihres Vorgesetzten die Aktienurkunden überbracht haben, ohne zu wissen, daß sie derartige Aktienurkunden überbringen, sind nicht als haftbar zu erachten. (Vgl. B.G. §. 823 Abs. 2, dessen Anwendungsgebiet allerdings bestritten ist).

b. **Ersatzberechtigter** ist der „Besitzer." Nach P. 1116 (vgl. auch P. 379) wurden die Worte „den Besitzern" eingeschaltet, „um auszudrücken, daß der ... Satz ... nicht bloß für das Verhältnis zwischen dem Ausgeber der Aktien und dem ersten Empfänger gelte, sondern daß der Ausgeber auch den späteren Erwerbern .... verhaftet sei." Hiernach behandelt zwar §. 209 Abs. 1 Satz 2 nur die Frage, ob auch der letzte Besitzer einen Schadensersatzanspruch habe, läßt jedoch unberührt und schließt nicht aus (a. M. Staub Art. 215c §. 4, Ring Art. 215c Anm. 3), daß auch andere Personen, insbesondere der erste Erwerber und die Zwischenpersonen, auf Grund allgemeiner Grundsätze Schadensersatzansprüche gegenüber den Ausgebern geltend machen können. Wollte man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und nur dem letzten Besitzer einen Ersatzanspruch zusprechen, so käme man zu der Auffassung der nichtigen Urkunde als eines den Schadensersatzanspruch verbriefenden Inhaberpapiers, wobei jedoch der Inhalt des Anspruchs mit der Person des Besitzers wechseln, und (nach der herrschenden Meinung) ein Teil des entstandenen Schadens unersetzt bleiben würde, z. B. die Auslagen der Zwischenbesitzer im Falle der Wandlung, oder die Einbuße desjenigen, welcher das Anteilrecht mit der nichtigen Urkunde weiterüberträgt, nachdem beiden Teilen die Nichtigkeit der Urkunde bekannt geworden ist.

c. **Der zu ersetzende Schaden.** Zu ersetzen (B.G. §. 249ff.) ist „der durch die Ausgabe verursachte Schaden." Falls angenommen wird, daß §. 209 die Ersatzrechte nur des Besitzers regelt und die Ersatzrechte anderer Personen unberührt läßt (oben Anm. IIb), so wird man unter „der" Schaden nur den dem Besitzer entstandenen zu verstehen haben. Dieser Schaden kann in dem von ihm gezahlten Kaufpreis bestehen; er ist jedenfalls unabhängig von dem Betrag, welchen der erste Empfänger gezahlt hat (R.O.H. XXII, 218). — Hält man dagegen mit der oben (Anm. IIb) bekämpften Ansicht nur den Besitzer der nichtigen Urkunde für schadensersatzberechtigt, so wird man, um der oben hervorgehobenen Folgerung eines teilweisen Nichtersatzes des Schadens zu entgehen, dazu gedrängt, den Besitzer auch für berechtigt zu erachten, allen durch die Ausgabe verursachten Schaden einzufordern, gleichgiltig (da das Gesetz nicht unterscheidet), ob der Schaden in seiner Person oder in der Person eines Vormanns entstanden ist, und vorbehaltlich seiner Pflicht, dem Vormann den entsprechenden Teil des eingezogenen Betrages zu ersetzen. — Der ursprüngliche Empfänger behält gegenüber der Gesellschaft seinen — von §. 209 nicht berührten — Anspruch aus der Mitgliedschaft auf Aushändigung einer giltigen Urkunde. Ob er diese Urkunde seinen Nachmännern weiterzugeben hat, oder nicht, hängt davon ab, ob die (auf das Anteilrecht, nicht die Urkunde, gerichteten) Veräußerungsgeschäfte bestehen bleiben oder anläßlich der Nichtigkeit der Urkunde rückgängig gemacht werden oder wegen Formmangels nichtig sind. Hiervon wird auch der Umfang des etwa entstehenden Schadens beeinflußt.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§. 210.

Rechtsfähigkeit der A.G., Handelsgesellschaft.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.

A.D.H. Art. 213, 208. **Entw.** I §. 196. **Entw.** II §. 208.

§. 210.

I. **Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft.** Vgl. §. 124 Anm. I.

a. **Als solche.** Diese Worte haben hier nicht dieselbe Tragweite wie in §. 200 Abs. 1 Satz 1. Dort ist die Aktiengesellschaft andersartigen Gesellschaften entgegengesetzt. Hier dagegen wird durch diese Worte und durch das Wort „selbstständig" der Gegensatz zwischen der Aktiengesellschaft und der Gesamtheit ihrer einzelnen Mitglieder (R.G. V, 23) hervorgehoben, ebenso wie dies auch in der Überschrift zu Titel 2 geschieht. Diese Fassung weist hin auf die Gestaltung der A.G. als juristische Person (§. 178 Anm. Ib).

b. **Rechtsfähigkeit.** Vgl. §. 124 Anm. Ia, Lehmann, Recht der A.Gen. I, 253. In §. 210 Abs. 1 wie in §. 124 ist die Aufzählung einzelner Beziehungen, in welchen die Selbständigkeit hervortritt, nur als allgemeine Anerkennung der Rechtsfähigkeit zu deuten. Die aufgezählten Anwendungsfälle sind nicht erschöpfend und daher nur als Beispiele anzusehen. Die Unterschiede in der Fassung der §§. 210 Abs. 1 und 124, mit Ausnahme des zu Ia hervorgehobenen, sind sachlich bedeutunglos. Auch die offene Handelsgesellschaft kann, wie die A.G., nicht nur Rechte „erwerben" und Verbindlichkeiten „eingehen", sondern Rechte und Pflichten „haben". Für die A.G. ist als überflüssig das „unter ihrer Firma" nicht wiederholt, weil für diese unbestritten ist, daß sie unter ihrer Firma (§. 182 Anm. IVb 1) im Rechtsstreit auftreten (§. 124 Anm. Ia) und im Grundbuch eingetragen werden (§. 124 Anm. Ib) kann. Für die A.G. ebenso wie für die offene H.G. besteht die Rechtsfähigkeit auch ohne daß im Einzelfall die Firma erwähnt wird (§. 17 Anm. IIIb, §. 124 Anm. Ib). — Über ausländische A.Gen. vgl. §. 6 Anm. IV.

II. **Die einzelnen Anwendungsfälle.**

a. **Rechte und Pflichten haben.** Vgl. §. 124 Anm. IIa. Über die Frage, ob eine A.G. Gesellschafter einer offenen H.G. sein kann, §. 105 Anm. Ie 1. Die Pflicht kann auch auf einem Verschulden oder widerrechtlicher Schadenszufügung durch einen Vertreter der A.G. beruhen (§. 125 Anm. Id, B.G. §. 31; vgl. R.G. XLI, 96). Strafen können gegen eine A.G. ebensowenig wie gegen eine sonstige juristische Person (R.O.H. VIII, 204, XIII, 290, R.G. in Straff. V, 183) verhängt werden (R.G. in Straff. XVI, 123), es sei denn, daß das einzelne Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt (R.O.H. XXI, 360). Vgl. auch Reichsstempelges. §. 35, wonach die auf Grund jenes Gesetzes zu verhängenden Strafen bei A.Gen. gegen die Vorstandsmitglieder (also gegen sie als solche, ohne Rücksicht auf persön-

liches Verschulden) festzusetzen sind. — Für die Rechtsfähigkeit bildet keine Grenze der in der Satzung genannte Gegenstand des Unternehmens; die hierauf bezügliche Satzungsfeststellung hat vielmehr Bedeutung nur als Grenze für die Geschäftsführungsbefugnis der Vertreter der Gesellschaft (§. 235 Abs. 1, Staub Art. 213 §. 7a).

b. **Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken.** Vgl §. 124 Anm. IIb, §. 207 Abs. 5. Über die für ausländische A.Gen. bestehenden Beschränkungen vgl. §. 6 Anm. IVc.

c. **Klagen und verklagt werden vor Gericht.** Vgl. §. 124 Anm. IIc—e. Die A.G. ist, wie jeder rechtsfähige Verein, parteifähig (C.P.O. §. 50), aber nicht prozeßfähig (C.P.O. §. 51). Über den allgemeinen Gerichtsstand bestimmt C.P.O. §. 17. Im Rechtsstreit der A.G. kann der einzelne Aktionär, da er nicht Partei, als Zeuge vernommen werden, als Nebenintervenient auftreten (C.P.O. §. 66, R.B. 93) und als Richter mitwirken (C.P.O. §. 41 Ziff. 1, R.G. VII, 311). Für die Eidesleistung durch die Vertreter ist maßgebend C.P.O. §§. 473 ff. Über Zustellungen C.P.O. §§. 171, 208. Der gesetzliche Vertreter der A.G. kann nicht als Zeuge vernommen werden (R.G. II, 400). Zwangsvollstreckung aus einem gegen die A.G. ergangenen Urteil kann nur in das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen einzelne Aktionäre (§. 178 Anm. IV) erfolgen.

d. **Gesellschaftskonkurs.** Die K.O. bestimmt:

§. 207. „Über das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Überschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist."

§. 208. „Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maßgabe des §. 105 Abs. 2, 3 zu hören."

§. 105 Abs. 2, 3. „Wird der Antrag" (eines Gläubigers) „zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören."

III. **Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft.** Vgl. §. 6 Anm. I, III. Das „gilt" hat keine andere Bedeutung als „ist" haben würde. Der Begriff der Handelsgesellschaft wird in dieser erweiterten Weise bestimmt, und das „gilt" soll nur andeuten, daß hier dem Begriff einer „Handelsgesellschaft" ein weiterer Sinn untergelegt wird, als nach gewöhnlichem Sprachgebrauch mit dem Worte Handelsgesellschaft zu verbinden wäre. Handelsgewerbe vgl. §§. 1—3. Eine Aktiengesellschaft, welche (Handwerker oder) Kleingewerbetreibender ist, unterliegt nicht den Vorschriften über Minderkaufleute (§. 6 Abs. 2), ist vielmehr Vollkaufmann und verliert hierdurch nicht die Eigenschaft als Aktiengesellschaft (vgl. §. 4 Abs. 2). Da die Firma der Aktiengesellschaft eingetragen sein muß (§. 198 Anm. IIIa), so kann die A.G. gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (§. 5). Das

Gesetz giebt keinen Anhalt dafür, noch weiter zu gehen und etwa jedes Unternehmen einer A.G. als Handelsgewerbe anzusehen. Mit der Einschränkung des §. 5 liegt daher kein Handelsgewerbe vor, soweit §§. 1—3 nicht anwendbar sind, und auch die Tragweite des §. 5 findet ihre Grenze wo das Unternehmen überhaupt kein gewerbliches (§. 1 Anm. III A) ist. Wenn die A.G. ein Handelsgewerbe betreibt, so entscheidet sich nach §§. 343, 344, ob das einzelne Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Wenn die A.G. kein Handelsgewerbe betreibt, so sind ihre Geschäfte keine Handelsgeschäfte; insoweit jedoch die A.G. gegen sich gelten lassen muß, daß das etwa betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, sind die §§. 343, 344 anwendbar.

§. 211. **Kapitaleinlagen.**

Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt.

A.D.H. Art. 219 Abs. 1. **Entw. I** §. 197 Abs. 1. **Entw. II** §. 209.

§. 211.

I. **Aktionär.**

a. **Begriff.** Als „Aktionär“ ist im H.G.B. jeder Anteilberechtigte (§. 179 Anm. II) einer A.G. bezeichnet (R.G. XVIII, 4), ohne Rücksicht darauf, ob Aktienurkunden, ob Interimsscheine, oder ob überhaupt keine Urkunden ausgegeben sind. Das Wort ist aber sogar angewendet auf die Zeit vor Errichtung der Gesellschaft, bevor also ein Anteilrecht (§. 179 Anm. II) entstanden ist; es bezeichnet dann jeden, der einen Grundkapitalanteil (§. 179 Anm. III) übernommen hat (z. B. §. 186 Abs. 1, 3, §. 187; wohl auch in §. 189 Abs. 4 Satz 2) und ist gleichbedeutend mit der in §. 182 Abs. 1 gebrauchten Redewendung: „Personen, welche Aktien übernehmen.“ Beide Fälle sind im Zweifel als einbegriffen in die Bezeichnung „Aktionär“ zu erachten.

b. **Rechte gegenüber der Gesellschaft.** Die Gesamtheit der Rechte eines Aktionärs wird als das „Anteilrecht“ desselben bezeichnet (§. 179 Anm. II a). Nirgend im H.G.B. sind die einzelnen Rechte des Aktionärs in erschöpfender Weise aufgezählt; ebensowenig im B.G. die Rechte des einzelnen Vereinsmitgliedes. Als Rechte des Aktionärs gegenüber der A.G. kommen namentlich in Betracht (R.G. XLI, 99) das Recht der Mitwirkung in Generalversammlungen (insbesondere das Stimmrecht, §. 252), das Recht auf Gewinnanteil während bestehender Gesellschaft (§. 213 Anm. II) und das Recht auf einen Anteil bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft (§. 300). Daneben besteht insbesondere noch der Anspruch auf Gleichberechtigung aller Aktionäre (§. 185, R.G. XXXVIII, 16, XLI, 99). Jedes dieser grundsätzlich vorhandenen Rechte aber ist gewissen Einschränkungen unterworfen oder kann im Einzelfall solchen Einschränkungen unterworfen sein. — Über das Recht auf Aushändigung eines Mitgliedscheins vgl. §. 179 Anm. II a.

II. **Kapitaleinlage.** Nach der Ausdrucksweise des B.G. ist zu unterscheiden „Einlage“ und „Beitrag“ (§. 111 Anm. I a). Der weitere Begriff ist „Beitrag.“ Er umfaßt sowohl die Einlage wie andersartige Leistungen der Gesellschafter oder Mitglieder als solcher für den Gesellschafts- oder Vereinszweck (§. 111 Anm. I a, §. 186 Anm. II a). Es kann nun zweifelhaft sein, wie im H.G.B. das Verhältnis der Begriffe „Kapitaleinlage“ und „Einlage“ zu einander gedacht ist. Daß beide Begriffe gleichbedeutend seien, könnte man ableiten wollen aus dem Gebrauch

des Wortes Einlage z. B. in §. 186 Abs. 2, §. 213, ferner daraus, daß „wiederkehrende Leistungen" der in §. 212 erwähnten Art nirgends im H.G.B. in zweifelloser Weise unter den Begriff der „Einlage" gebracht sind, endlich daraus, daß auch „Vermögenseinlage" in §. 161 als gleichbedeutend mit „Einlage" verstanden werden muß. Dennoch wird wohl derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben sein, wonach die Begriffe Einlage und Kapitaleinlage zu unterscheiden sind und die „Kapitaleinlage" nur als eine Art der „Einlage" aufzufassen ist (vgl. R.G. XIX, 110: „besondere Art der Kapitalbeteiligung"). So, wenn man die Bedeutung des Wortes „Einlage" im B.G. und in den nicht die A.G. betreffenden Abschnitten des H.G.B. zu Grunde legt. Denn nach dem B.G. können unter den Begriff der Einlage unter Umständen auch wiederkehrende Leistungen der in H.G.B. §. 212 gedachten Art fallen. Auch sie können unter Umständen in einer Leistung von Kapital seitens des Mitgliedes als solchen für den Vereinszweck, ohne gleichzeitige Rückvergütung des Werts bestehen, also eine „Einlage," keinen andersartigen „Beitrag" (§. 111 Anm. I a) darstellen. Sind aber in gewissen Fällen die wiederkehrenden Leistungen des §. 212 nach Vorstehendem sowohl „Einlage" wie „Einlage von Kapital" (was beides unter sich gleichbedeutend), und sind sie andererseits, wie aus der Fassung des §. 212 klar hervorgeht, niemals „Kapitaleinlage" im Sinne des H.G.B., so ergiebt sich, daß die Begriffe „Einlage von Kapital" und „Kapitaleinlage" nicht gleichbedeutend sind, daß also unter „Kapitaleinlage" etwas anderes verstanden sein muß als eine „Einlage von Kapital." Die richtige Deutung ergiebt sich aus einem Vergleich mit §§. 178, 186 Abs. 2. Was dort als „Einlage auf das Grundkapital" [und in §. 289 Abs. 4 als „Einlage auf die Aktien"] bezeichnet ist, das ist als gleichbedeutend mit „Kapitaleinlage" in §§. 211 ff. anzusehen. Zu beachten ist allerdings, daß auch die Bezeichnung „Einlage auf das Grundkapital" eine nicht ganz genaue ist; die hiermit gemeinte Einlage umfaßt nicht nur das in Anrechnung auf den Nennwert des Grundkapitals (§. 178 Anm. II), sondern alles in Anrechnung auf den etwa höheren Ausgabebetrag (§. 184 Anm. I) zu Leistende. Die letztere Ungenauigkeit ist eine Nachwirkung des früher über den Begriff „Grundkapital" obwaltenden Mißverständnisses (§. 178 Anm. II a). Vergleicht man allerdings den Gebrauch des Wortes „Kapitaleinlage" mit dem Gebrauch des ohne den Zusatz „auf das Grundkapital" vorkommenden Wortes „Einlage" in dem Abschnitt des H.G.B. über die Aktiengesellschaft (§§. 187, 191 Abs. 1, 195 Abs. 3 [202, 203], 213, 241 Abs. 3 [279 Abs. 1]), so ergiebt sich, daß hier überall beides gleichbedeutend ist, daß mithin hier „Einlage" ist dem beschränkteren Sinne von „Einlage auf den Ausgabebetrag" gebraucht ist. In dem Abschnitt über die K.A.G. führt dann die Ungenauigkeit im Gebrauch der in Betracht kommenden Begriffe dahin, daß „Einlage" (welches aus den Bestimmungen über A.G. übernommen ist) in dem beschränkten Sinne von „Einlage auf den Ausgabebetrag" zu verstehen ist (§§. 321 Abs. 2, 323 Abs. 2), „Vermögenseinlage" dagegen (da es aus den Bestimmungen über K.G. übernommen ist) den weiteren Sinn von „Einlage im Sinne des B.G." hat (§. 322 Abs. 2).

III. **Verpflichtung zur Leistung einer Kapitaleinlage.** Eine solche Pflicht besteht für jeden Aktionär (§. 178 Anm. III); er hat sich mit einer Bareinlage (§. 195 Anm. III) oder einer Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II a, b) zu beteiligen, und er erklärt diese Beteiligung durch die Übernahme eines Grundkapitalanteils (§. 182 Anm. II). Eine Einräumung von Grundkapitalanteilen ohne entsprechende Kapitaleinlageverpflichtung ist unzulässig (§. 195 Anm. IV a). Die Pflicht zur Leistung der Kapitaleinlage ist gleichbedeutend mit der Pflicht zur Leistung des Ausgabebetrages (§. 184 Anm. I). Die Leistung hat zu erfolgen in bar, oder, soweit dies in einer für die A.G. wirk-

samen Weise vereinbart, durch Hingabe nicht barer, zu bestimmtem Nennwert anzurechnender Leistungen. Die versprochene Leistung wird im Zweifel fällig erst mit der Einforderung. Der Aktionär ist im Zweifel nicht berechtigt, vor Fälligkeit zu leisten (R.G. XVIII, 5, Denkschr. 133; entgegen steht wohl nicht B.G. §. 293; vgl. B.G. §. 299). Zu den Gläubigern der Gesellschaft steht der kapitaleinlagepflichtige Aktionär in keinem unmittelbaren Verhältnis (§. 178 Anm. IV), und der Inhalt seiner Verpflichtung, wie er in seinem Verhältnis zur Gesellschaft besteht, ist auch den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber maßgebend (R.O.H. XIX, 234). Soweit die Leistung der Einlage erst nach Eintragung der A.G. fällig wird (§. 200 Anm. IV), besteht die Verpflichtung zur Leistung im Zweifel nur Zug um Zug gegen Aushändigung von Interimsscheinen oder Aktienurkunden (§. 179 Anm. II a). Der Anspruch auf Leistung der Kapitaleinlage ist Teil des Gesellschaftsvermögens und als solcher Gegenstand des Angriffs der Gesellschaftsgläubiger (vgl. R.G. XXXVI, 113). Über die Unzulässigkeit einer Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung der Kapitaleinlage und über die Unzulässigkeit einer Aufrechnung seitens der Aktionäre mit geschuldeten Leistungen auf die Kapitaleinlage vgl. §. 221. Über die Wirkung des Konkurses des Aktionärs vgl. §. 221 Anm. II.

IV. **Grenze der Verpflichtung zu Kapitaleinlagen.** Der §. 211 bestimmt nur über die Grenzen der Verpflichtung zu Kapitaleinlagen; aus ihm kann nichts darüber gefolgert werden, ob es zuläßig ist, dem Aktionär als solchem außer der Kapitaleinlage auch noch andere Verpflichtungen aufzuerlegen, sei es überhaupt nach öffentlichem Recht mit seiner Zustimmung (hierüber §. 212 Anm. I—III), sei es durch Mehrheitsbeschluß ohne seine Zustimmung (a. M. Rudorff zu §. 211; hierüber vgl. §. 274 ff). Bei richtiger Auslegung von „Kapitaleinlage" als der „auf den Ausgabebetrag zu leistenden Einlage" (oben Anm. II) enthält der §. 211 überhaupt nichts als den selbstverständlichen Satz, daß eine Verpflichtung zu einer auf den Ausgabebetrag zu leistenden Einlage durch eben diesen Ausgabebetrag begrenzt wird; der §. 211 hat nur Bedeutung für die Begriffsbestimmung von „Kapitaleinlage". Durch die Änderung der Fassung ist — trotzdem dies nicht die Absicht des Verfassers gewesen sein mag — die Tragweite des §. 211 eine viel beschränktere geworden, als diejenige des bisherigen Art. 219 Abs. 1 A.D.H., welcher lautete: „Die Verpflichtung des Aktionärs, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beizutragen, wird durch den Nominalbetrag der Aktie, in den Fällen der Art. 209 a Ziff. 2, 215 a Abs. 2 durch den Betrag, für welchen die Aktie ausgegeben ist, begrenzt." Der allgemeine Grundsatz, welcher in Art. 219 Abs. 1 ausgesprochen war, ist jetzt aus dem Gesetz verschwunden; inwieweit er noch künftig gilt, ist aus den allgemeinen Grundsätzen über Sonderrechte abzuleiten.

§. 212.

Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs.

Neben den Kapitaleinlagen kann im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Uebertragung der Antheilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen zu ersehen sein.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Uebertragung der Antheilsrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf.

A.D.H. — **Entw. I** §. 197 Abs. 2. **Entw. II** §. 210.

§. 212.

I. **Wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen (und Vertragsstrafe) der Aktionäre.**

a. **Wiederkehrend.** Der Begriff „wiederkehrende Leistungen" erscheint mehrfach im Bürgerlichen Gesetzbuch (B.G. §§. 197, 218, 223, 902, 1088, 1126, 1902). In §. 212 H.G.B. ist nicht verlangt, daß die Wiederkehr eine regelmäßige sei. Man wird wohl auch nicht fordern dürfen, daß die Zahl der wiederkehrenden Leistungen eine unbestimmte sein (vgl. z. B. §. 292 Ziff. 1) oder daß die Dauer der Wiederkehr sich ebensoweit erstrecken muß wie die Dauer der Gesellschaft. In solchen Fällen wird unter Umständen kein äußeres Merkmal der Unterscheidung zwischen einer Leistung gemäß §. 212 und einer Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II) übrig bleiben, da auch letztere so vereinbart sein kann, daß sie in bestimmten Fristen zu leisten ist. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, kann dann lediglich aus dem Willen der Beteiligten entnommen werden; es kommt darauf an, ob vereinbart ist, daß die betreffende Leistung auf den Ausgabebetrag angerechnet werden soll (§. 211 Anm. II), oder nicht. — Im Zweifel wird die Satzung dahin auszulegen sein, daß die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen nur so lange dauern soll, wie die A.G. besteht und das Unternehmen, welchem die Leistung dienen soll, betreibt, so daß dann z. B. im Konkurse der A.G. nicht etwa die erst künftig fällig werdenden Leistungen zur Masse eingefordert werden können (R.G. XXI, 153).

b. **Nicht in Geld bestehend.** Vgl. §. 195 Anm. III, IVd.

c. **Leistung.** Dies ist der allgemeine, auch im B.G. §. 241 nicht bestimmte, sondern vorausgesetzte Begriff. Zu dem Begriffe gehört nicht notwendig, daß die Leistung einen Vermögenswert habe (Planck, B.G. Buch II Vorbem. II). Unerheblich ist auch, ob die A.G. eine vollwertige oder überhaupt eine Gegenleistung für die Leistung des Aktionärs zu gewähren verpflichtet ist (§. 216), ob es sich mithin um eine Austauschleistung oder um einen nicht unmittelbar zu entgeltenden Beitrag der Mitglieder handelt (R.G. XXI, 155, XXVI, 88). Die Leistung kann, wenn auch zweifelhaft, ob in Geld (unten Anm. III), so doch in anderen Kapitalwerten bestehen (§. 211 Anm. II), wie z. B. in Hingabe von Rüben. Sie kann aber auch in einer Arbeitsleistung bestehen, z. B. in der eigenen beaufsichtigenden oder sonstigen Thätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten (R.G. XXI, 155). Soweit die zu bewirkenden Leistungen der einzelnen Verpflichteten verschieden in anderer Weise, als nur entsprechend dem einfachen Verhältnis der Anteilnennbeträge bestimmt sind, sind verschiedene „Aktiengattungen" als vorhanden zu erachten (§. 185 Anm. Ib). Ebenso auch insoweit nur eine Verschiedenheit in den Nebenbestimmungen vorliegt, z. B. darin, ob Vertragsstrafen angedroht sind oder nicht (vgl. R.G. XXXVIII, 15, wo nur der Gesichtspunkt des Sonderrechts ins Auge gefaßt).

d. **Vertragsstrafe.** Vgl. §. 218 Anm. IVc. Die Festsetzung von Vertragsstrafen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen ist in §. 212 Abs. 2 ausdrücklich für zulässig erklärt,

wohl um außer Zweifel zu stellen, daß auch eine derartige Nebenleistung oder Ersatzleistung, welche doch, für sich betrachtet, keine wiederkehrende Leistung ist, giltig festgesetzt werden kann. Durch die Bezeichnung „Vertragsstrafe" sollte nicht etwa darüber entschieden werden, ob die begründende Errichtungshandlung als Vertrag aufzufassen ist (§. 188 Anm. I). Ist letzteres nicht der Fall, so kommen die von der Vertragsstrafe bei Verträgen handelnden §§. 339 ff. B.G., §. 348 H.G.B. doch entsprechend zur Anwendung. Die Vertragsstrafe ist im Konkurse des Verpflichteten einforderbar selbst, soweit sie durch nach Konkurseröffnung liegende Unterlassungen entsteht (R.G. XXVI, 92). Über den Fall einer Verschiedenheit bei Androhung von Vertragsstrafen gegenüber verschiedenen Aktionären vgl. oben Anm. IIc. Nicht in der Androhung liegt, vielmehr aus dem Gesetz folgt (und ist deshalb nach Androhung unvermeidbar) die Verschiedenheit, daß bei Nichtkaufleuten die übermäßige Vertragsstrafe herabsetzbar ist, bei Kaufleuten nicht (K.B. 69). — Zulässig ist wohl auch, als Vertragsstrafe die Verwirkung des Anteilrechts zu Gunsten der Gesellschaft zu bedingen (Cosack §. 117 III 8b, Gareis S. 363 Anm. 1; vgl. auch B.G. §. 342; H.G.B. §. 226 steht jedenfalls nicht entgegen, da der Erwerb nicht „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb").

e. **Aktionäre.** Vgl. §. 211 Anm. Ia. Der §. 212 regelt nur die Beitragspflicht der Aktionäre als solcher; nur über die Zulässigkeit derartiger Mitgliedsbeiträge soll entschieden werden. Nicht berührt ist die Frage, ob durch einen nicht auf der Mitgliedschaft als solcher beruhenden Nebenvertrag Personen, welche Aktionäre sind, zu Beiträgen an die Gesellschaft verpflichtet werden können. Dies ist — ebenso wie nach früherem Recht (R.G. XVII, 15, XXVI, 87, XXXVII, 140) — zu bejahen, ohne daß in diesem Fall die Schranken des §. 212 in Betracht kommen (vgl. unten Anm. III).

II. **Schranken für das Ausbedingen wiederkehrender, nicht in Geld bestehender Leistungen der Aktionäre.**

a. **In der Satzung** muß die Verpflichtung auferlegt sein. Das heißt auch hier entweder in der ursprünglichen Satzung oder in einem späteren Änderungsbeschluß (§. 182 Anm. I; dagegen Denkschr. 132). Nach §. 276 kann indessen eine solche Verpflichtung, sofern sie nicht in der ursprünglichen Satzung vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre begründet werden. — Die Verpflichtung muß vollständig in die Satzung aufgenommen werden; es genügt nicht (anders bei der Nichtbareinlage, §. 186 Anm. VI), daß nur einzelne Hauptpunkte der übernommenen Verpflichtung in der Satzung zum Ausdruck kommen.

b. **Bindung der Übertragung der Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft.** Vgl. §. 179 Anm. IIc 2. Das an sich vorhandene freie Ermessen der Gesellschaft bei der Entscheidung, ob sie die Zustimmung erteilen will, kann in der Satzung (oder in anderer Weise) dahin eingeschränkt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Anteilrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf. Hierdurch wird z. B. bei Rübenzuckergesellschaften die Möglichkeit geschaffen, für den Fall eines Gutsübergabe- oder Auszugsvertrages (oder auch Aufhörens der Pacht des Rübenaktionärs) den Beteiligten die erforderliche Sicherheit zu gewähren, daß, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, auch das Aktienrecht auf den Gutserwerber übergehen wird (Denkschr. 132). Als wichtiger Grund für Versagung der Zustimmung wird namentlich in Betracht kommen die Unfähigkeit des Erwerbers, der mit dem Anteilrecht verbundenen Verpflichtung zu besonderen Leistungen zu genügen (Denkschr. 132).

e. **Aufnahme der Verpflichtung und des Umfanges der Leistungen in den Mitgliedschein.** Die Fassung dieser Bestimmung weicht von der Fassung der entsprechenden Vorschrift des §. 180 Abs. 3 ab. Im §. 212 Abs. 1 Satz 2 heißt es schärfer „müssen", in §. 180 Abs. 3 nur „sollen". Umgekehrt ist das wissentliche Unterlassen der in §. 180 Abs. 3 vorgeschriebenen Ersichtlichmachung unter Strafe gestellt (§. 314 Ziff. 5), dagegen das Unterlassen der in §. 212 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Ersichtlichmachung nicht mit Strafe bedroht. Hiernach bleibt zweifelhaft, welche Folgen bei Unterlassen der Ersichtlichmachung im Fall des §. 212 Abs. 1 Satz 2 eintreten. Jedenfalls bleibt eine solche Unterlassung ohne Folgen für die Wirksamkeit des Anteilrechts, soweit nicht Leistungen gemäß §. 212 in Frage kommen, denn das Bestehen des Anteilrechts ist grundsätzlich unabhängig von dem Vorhandensein oder der Beschaffenheit des Mitgliedscheins (§. 179 Anm. IIb). Man wird aber wohl ferner auch annehmen können, daß die Unterlassung nicht den Mitgliedschein als solchen nichtig macht, denn eine solche Bestimmung wäre unzweckmäßig, da der Dritte in der Regel nicht in der Lage wäre, die Richtigkeit zu erkennen; auch hätte, wenn dies als Sinn der Bestimmung beabsichtigt war, es nahe gelegen, diese Art nichtiger Mitgliedscheine im Zusammenhang mit den anderen Arten nichtiger Mitgliedscheine in §. 209 aufzuführen. Die Tragweite des §. 212 Abs. 1 Satz 2 ist daher wohl nur als dahingehend aufzufassen, daß der jedesmalige Anteilberechtigte zu Leistungen der in §. 212 genannten Art nur insoweit gegenüber der Gesellschaft verpflichtet sein soll, als die Verpflichtung und deren Umfang aus seinem Mitgliedschein hervorgehen (entsprechend §. 186 Abs. 4, aber zu Gunsten der Gesellschaft). — Daß auch die Beschränkung der Uebertragbarkeit aus dem Mitgliedschein zu ersehen sei, ist — abweichend von §. 180 Abs. 4 — hier nicht gefordert.

III. **Verpflichtung von Aktionären zu Leistungen anderer Art als in §§. 211, 212 bezeichnet. Zulässig nach öffentlichem Recht?** Die Übernahme derartiger Verpflichtungen ist jedenfalls zulässig, soweit die Verpflichtung nicht Bestandteil der Mitgliedschaftspflicht ist, sondern auf einem Nebenvertrag beruht (oben Anm. Ie), mag auch in letzterem das Bestehen der Verpflichtung an die Voraussetzung der Mitgliedschaft geknüpft sein (R.G. XXVI, 89). In denjenigen Fällen daher, in denen bisher der Rübenlieferungsvertrag als ein nicht auf der Mitgliedschaft beruhender Nebenvertrag angesehen wurde, wäre die rechtliche Lage auch nach Inkrafttreten des H.G.B. unverändert; insbesondere würden die Schranken des §. 212 nicht in Betracht kommen. Thatsächlich allerdings wird künftig jener Vertrag in der Regel nicht mehr als Nebenvertrag ausgelegt werden, da jene bisherige Auslegung nur ein der wahren Absicht der Beteiligten nicht gerecht werdender Notbehelf war (Denkschr. 131). Derartige Nebenverträge sind jedoch auch mit anderem Inhalt als dem eines Rübenlieferungsvertrages denkbar. So kann z. B. eine A.G. welche Versicherungsgesellschaft ist, durch Nebenvertrag ihren Aktionären die Verpflichtung auferlegen, daß sie etwaige Versicherungen nur bei der fraglichen A.G. abschließen (R.B. 66, wo diese Abrede — wohl unzutreffend — als unter §. 212 fallend angesehen wurde). — Ist hiernach die Auferlegung von Verpflichtungen durch Nebenverträge nach wie vor zulässig, so ist sehr zweifelhaft, ob anzunehmen ist, daß innerhalb der Aktiengesellschaftsform die Auferlegung von Mitgliedschaftspflichten anderer als der in §§. 211, 212 erwähnten Art fortan unbedingt unzulässig sein soll. Für eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers spricht allerdings Denkschr. 132: „An sich widerspricht es dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht, die Beitragspflicht der Aktionäre auf andere Leistungen "(als

die des §. 211)„ auszudehnen. Immerhin wird man in dieser Beziehung nicht weiter gehen dürfen als das Bedürfnis verlangt." Diese Äußerung in der Denkschrift ist indessen doch nicht so unzweideutig, daß sie das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im Gesetz selbst wettmachen könnte. Legt man nun nur den Wortlaut des Gesetzes zu Grunde, so ergiebt sich, daß §. 211 nur über Einlagen auf den Ausgabebetrag bestimmt, und daß §. 212 nur darüber bestimmt, daß, und unter welchen Beschränkungen, wiederkehrende nicht in Geld bestehende Mitgliedschaftsleistungen (und zugehörige Vertragsstrafen) auferlegt werden können. Offen bleibt hiernach im Gesetz die Frage, ob neben den Einlagen auf den Ausgabebetrag („Kapitaleinlagen", §. 211 Anm. II) auch Mitgliedschaftsleistungen, welche in Geld bestehen, oder welche zwar nicht in Geld bestehen, aber nicht wiederkehrend sind, auferlegt werden können (dagegen Rudorff zu §. 212 Abs. 1). Für die Entscheidung dieser Frage kann nicht etwa §. 178 herangezogen werden, denn dort ist nur von „Einlagen auf das Grundkapital (richtiger: den Ausgabebetrag)" gesprochen, die Frage der Zulässigkeit anderer Leistungen aber, auch solcher der in §. 212 erwähnten Art, überhaupt nicht berührt. Da das Gesetz im Stich läßt, kann die Frage vielmehr nur aus allgemeinen Erwägungen entschieden werden. Bisher wurde die Vereinbarkeit derartiger Leistungen (und der nunmehr in §. 212 als zulässig anerkannten) mit dem Wesen der A.G. verneint (R.G. XVII, 14, XIX, 110, XXI, 156, XXVI, 89). So namentlich auch die Übernahme der Mitgliedschaftsverpflichtung, innerhalb einer Meistbegrenzung noch mit dem eigenen Vermögen zur Zahlung ungedeckt bleibender Schulden oder zur Ergänzung des sich vermindernden Gesellschaftsvermögens beizutragen (R.G. XXI, 156, R.G. v. 15. Oktober 1895 J.W. 602). Ebenso die Mitgliedschaftsverpflichtung, zu dem Preise beizutragen, welchen die Gesellschaft bei dem für gewisse Fälle von ihr übernommenen Rückkauf von Anteilen anderer Aktionäre zu zahlen haben würde (Bolze Bd. 12 Nr. 506). Für zulässig wurde jedoch schon nach bisherigem Recht erachtet die Festsetzung einer Verpflichtung zu untergeordneten Nebenleistungen, die dem Zweck guter Bewirtschaftung des zusammengebrachten Kapitales dienen, wie z. B. zur Übernahme von gewissen Ämtern (R.G. XXI, 155). Ob diese enge Begrenzung auch künftig festgehalten werden kann, ist zweifelhaft. Der Grundsatz, auf welchem die angeführten Urteile beruhen, ist jetzt an einem wichtigen Punkte durchbrochen, und auch die Denkschr. 132 geht an der oben angeführten Stelle von dem umgekehrten Grundsatz aus: „An sich widerspricht es dem Wesen der A.G. nicht, die Beitragspflicht der Aktionäre auf andere Leistungen auszudehnen." Auch nach bisherigem Recht wurde vom Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts nicht beanstandet die in gewissen Grenzen sich haltende Auferlegung der Wahl, entweder einmalige Zuzahlungen zu leisten oder andere Nachteile zu leiden (R.G. XXXVIII, 100, XLI, 98; vgl. §. 262 Ziff. 3). Ebenso wurde als zulässig vorausgesetzt die Auferlegung der Verpflichtung, für den noch nicht eingeforderten Teil der „Kapitaleinlage" eigene Wechsel auszuhändigen (O.L.G. Dresden v. 4. Dezbr. 1882 Z.f.H. Bd. 40 S. 501). Ausdrücklich anerkannt ferner ist in §. 218 Abs. 2 („mit Rücksicht auf etwaige Zweifel, die bei einer engen Auslegung des §. 211 entstehen könnten", Denkschr. 135) die Zulässigkeit der Auferlegung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß eine eingeforderte Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt. Da §. 212 die Zulässigkeit einer Verpflichtung zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen anerkennt, so wird man jedenfalls zugestehen müssen, daß die Aktionäre um so mehr auch zu einmaligen nicht in Geld bestehenden Leistungen verpflichtet werden können (Cosack §. 117 III 8b). — Über die Frage, inwieweit dem einzelnen Aktionär ohne dessen Zustimmung durch Mehrheitsbeschluß eine Verpflichtung zu Beiträgen auferlegt werden kann, vgl. §§. 274 ff.

§. 213.

Vermögensrechte des Aktionärs.

Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Vertheilung ausgeschlossen ist.

A.D.H. Art. 216 Abs. 2. **Entw. I** §. 198. **Entw. II** §. 211.

§. 213.

I. **Ausschluß einer Rückforderung der Einlage durch Aktionäre.**

a. **Einlage.** Dies Wort ist in der beschränkten Bedeutung der „Einlage auf den Ausgabebetrag" = „Kapitaleinlage" gebraucht (§. 211 Anm. II). Die Frage, ob sonstige Leistungen der Aktionäre, insbesondere solche der in §. 212 erwähnten Art, zurückgefordert oder zurückgewährt werden können, ist im H.G.B. nicht berührt (im entsprechenden §. 221 ist §. 212 nicht angeführt); sie ist nach allgemeinen Gesichtspunkten zu entscheiden, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob im Einzelfall eine Leistung der in §. 212 erwähnten Art eine „Einlage" im Sinne des B.G. oder ein sonstiger „Beitrag" ist.

b. **Ausschluß der Rückforderung.** Daß ein einseitiges Rückforderungsrecht nicht besteht, ist selbstverständlich und hätte wohl nicht im Gesetz ausgesprochen zu werden brauchen. Daß ein solches Recht auch nicht durch Vertrag oder durch Satzungsbestimmung gewährt werden könne, folgt nicht aus §. 213 Halbsatz 1, sondern (vgl. §. 213 Anm. IIa) aus §. 215 Abs. 1 Halbsatz 2.

c. **Durch Aktionäre.** Nicht ausgeschlossen durch §. 213 ist die Rückforderung einer Zahlung auf Grund der Behauptung, daß der jener Zahlung zu Grunde liegende Beitritt als Aktionär nichtig oder anfechtbar sei (R.O.H. XXII, 197, §. 182 Anm. IIc, B.G. §. 812ff.).

II. **Anspruch auf Reingewinn.**

a. **Tragweite des §. 213 Halbsatz 2.** Die Fassung des §. 213 Halbs. 2 läßt zweifelhaft, ob darin ein Grundsatz des öffentlichen, für die Verfassung der A.G maßgebenden Rechts festgelegt, oder vielmehr der Umfang eines privaten Rechts des einzelnen Aktionärs näher bestimmt werden soll. Ersteres könnte man schließen wollen aus dem Gebrauch der Mehrzahl „die Aktionäre" (abweichend bisher Art. 216 A.D.H.), ferner aus dem Mangeln der bei Regelung des privaten Rechts unerläßlichen Unterscheidung zwischen dem Rechte des Aktionärs auf Feststellung des verdienten Reingewinns und dem Rechte desselben auf Zahlung des festgestellten Reingewinns. Der frühere Art. 216 A.D.H. und der mit ihm im wesentlichen übereinstimmende Entwurf II §. 211 rückten mehr das Sonderrecht in den Vordergrund. Der Entwurf II §. 211 lautete:

> „Der Aktionär kann seine Einlage nicht zurückfordern; er hat, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Anteil am Reingewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist."

Dies ist in der Reichstagskommission so geändert worden, wie der jetzige §. 213 lautet; aus welchem Grunde, ist aus dem K.B. nicht ersichtlich. Wäre nun aber die Auslegung, daß nur eine Vorschrift des öffentlichen Rechts gegeben werden solle, richtig, so würde §. 213 Halbsatz 2 lediglich eine Höchstbegrenzung desjenigen geben, was während Bestehens der Gesellschaft seitens dieser an Aktionäre gezahlt werden darf; dann aber wäre sein Inhalt der gleiche wie der

des §. 215 Abs. 1 Halbs. 2. Auch wäre dann das Wort „Anspruch“ in Halbsatz 2 ebensowenig an seinem Platz wie das Wort „fordern“ in Halbsatz 1. Man wird daher dennoch zu der Annahme gedrängt, daß §. 213 Halbsatz 2 ein privates Recht bestimmter Personen anerkennen wollte. Ob aber ein Recht der Gesamtheit der Aktionäre in ihrer Organisation als Generalversammlung, oder ob ein Recht des einzelnen Aktionärs, selbst im Gegensatz zu einem Generalversammlungsbeschluß, darüber ist aus §. 213 nichts zu entnehmen; dies muß vielmehr — soweit nicht anderwärts das Gesetz ausdrückliche Bestimmungen enthält — aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden.

b. **Anspruch auf Feststellung des verdienten Reingewinns.** Über die Feststellung desjenigen Betrages, welcher als Reingewinn (§. 261 Ziff. 6) anzusehen ist, hat die Generalversammlung zu beschließen (§. 260). Hierbei ist ein bestimmtes Verfahren und ein bestimmter sachlicher Inhalt der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung einzuhalten, worüber das H.G.B. §§. 260 ff. Anordnung trifft und auch die Satzung Vorschriften enthalten kann. Der einzelne Aktionär (nicht auch der Inhaber eines getrennten Gewinnanteilscheins, R.O.H. IX, 274, R.G. XV, 100) hat ein Sonderrecht auf Einhaltung der hierauf bezüglichen Vorschriften des Gesetzes und der Satzung (§. 271 Abs. 1, R.O.H. XI, 124, XIV, 357); beruht der Verstoß nur darauf, daß zu hohe Abschreibungen oder Rücklagen angeordnet sind, so besteht nur ein entsprechendes Minderheitsrecht einer Minderheit von einem Zwanzigstel des Grundkapitals (§. 271 Abs. 3). Der Aktionär bezw. die Minderheit darf insbesondere geltend machen, daß die Nichtfeststellung eines Reingewinns auf einem böswilligen oder willkürlichen Verfahren der Generalversammlung beruhe (R.O.H. XXV, 329, R.G. XL, 36). Dagegen ist angenommen worden, daß die Generalversammlung innerhalb der Grenzen einer vorsichtigen Geschäftsführung einen Teil des Gewinns von der Verteilung ausschließen könne (R.G. v. 26. Jan. 1898 bei Holdheim Zschr. 1898 S. 143). Über die vorstehend bezeichneten Grenzen hinaus besteht jedoch kein Sonderrecht des Aktionärs darauf, daß der verdiente Reingewinn auch als solcher festgestellt werde (R.G. XXII, 114). Daher hat insbesondere der Inhaber eines getrennten Gewinnanteilscheins (insbesondere auch bei Nachbezugsrechten, §. 185 Anm. IIa) überhaupt kein Recht gegen die A.G. auf Feststellung des thatsächlich verdienten Reingewinns (R.G. XV, 97) und vor Feststellung kein Recht auf Zahlung (unten Anm. IIc). Ob der Inhaber des Gewinnanteilscheins den Aktionär zum Betreiben der Feststellung anhalten kann, hängt von dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis ab. — Der erwähnte Anspruch — soweit er besteht — geht nur auf Feststellung des thatsächlich verdienten Reingewinns; dagegen besteht kein Sonderrecht darauf, daß das Unternehmen der A.G. überhaupt, und daß es in einer zur Gewinnerzielung geeigneten Weise betrieben wird (R.G. XIV, 170). Hierüber entscheidet die Generalversammlung (vgl. §. 275 Abs. 2) und in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung (§§. 241, 249, Minderheitsrecht: §§. 268 ff.) Vorstand und Aufsichtsrat.

c. **Anspruch auf Zahlung des festgestellten Reingewinns.** Ein Anspruch auf Zahlung kann nicht geltend gemacht werden, bevor endgiltige Feststellung erfolgt ist, wenngleich die Vorschriften der Satzung über die Art der Ermittelung des verteilungsfähigen Gewinns bis ins einzelne genau lauten mögen, und selbst wenn die Feststellung zu Unrecht verschoben ist (R.G. XV, 99). Der Zahlungsanspruch kann auch nur insoweit geltend gemacht werden, wie er durch die thatsächlich erfolgte Feststellung begründet ist; es kann nicht etwa über jene Feststellung, als wäre sie nicht vorhanden, hinweggegangen werden mit der Behauptung, die

ihr zu Grunde liegende Bilanz entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen (R.G. XL, 36). Durch den Feststellungsbeschluß der Generalversammlung (ohne Rücksicht auf Bekanntmachung, R.G. XXII, 115) wird aber das bisherige Mitgliedrecht des Aktionärs zu einem von der Mitgliedschaft unabhängigen Gläubigerrecht (R.O.H. XVIII, 154, XIX, 143, XXIII, 173, R.G. XXII, 113, XXXVII, 64). Es kann daher nicht durch einen späteren abweichenden Beschluß der Generalversammlung wieder entzogen (R.G. XXXVII, 64), noch durch nachträglichen Beschluß des an sich etwa zuständigen Aufsichtsrats in Nebenbestimmungen (z. B. bezüglich Zahlungsort, Zahlungszeit, Währung) geändert werden (R.G. XXII, 114). Es geht nicht verloren durch Geschäftsverluste, welche nach Ablauf des Geschäftsjahres eintreten, für welches die Feststellung erfolgt ist (R.O.H. XVIII, 154). Der Anspruch kann seitens des Aktionärs im demnächstigen Konkurse der A.G. als Konkursforderung geltend gemacht werden (Staub Art. 216 §. 4, R.O.H. XVIII, 155; vgl. §. 124 Anm. II f). Dieses Gläubigerrecht ist (nach Ausgabe von Gewinnanteilscheinen) verbrieft in dem auf das betreffende Geschäftsjahr lautenden Gewinnanteilschein. Es kann daher von dem Inhaber des Gewinnanteilscheins (wenn — wie üblich — letzterer auf Inhaber gestellt ist) nach den Regeln über sonstige Forderungen aus Inhaberpapieren (B.G. §§. 793 ff.; vgl. H.G.B. §§. 228 ff.) geltend gemacht werden, gleichgiltig ob der Gewinnanteilschein von der Aktie vor oder nach Feststellung des Reingewinns getrennt worden ist. Mit der Maßgabe jedoch, daß (wegen der aus der Urkunde hervorgehenden Abhängigkeit des Gewinnanteilscheins von der Aktie) dem Inhaber des Gewinnanteilscheins auch diejenigen Einwendungen entgegengesetzt werden können, welche bis zur Feststellung des Reingewinns gegen den Aktionär entstanden sind (R.G. XXII, 114; vgl. B.G. §. 796). Ist die Ausfolgung von Gewinnanteilscheinen widerrechtlich verweigert, so kann auch auf Grund nur der Haupturkunde der Anspruch geltend gemacht werden (R.G. XXXI, 147). — Ob im Einzelfall eine endgiltige Feststellung vorliegt, oder ob etwa eine erfolgte Feststellung nicht als Feststellung eines wirklichen Reingewinns oder nur als vorläufige und bedingte Feststellung gemeint war, ist Thatfrage. Daß keine Feststellung wirklichen Reingewinns vorliege, wurde angenommen in einem Falle, in welchem die Generalversammlung gleichzeitig mit dem Feststellungsbeschluß einen weiteren Beschluß gefaßt hatte, keinen Gewinn zu verteilen, und der dahingehende Antrag des Vorstandes damit begründet war, daß dies behufs Buchung einer Spezialreserve zum Ausgleich der zu hohen Bewertung eines Vermögensgegenstandes in der Bilanz geschehen solle (R.G. IV, 104). Daß nur vorläufige und bedingte Feststellung vorliege, wurde angenommen in einem Falle, in welchem die Generalversammlung gleichzeitig mit dem Feststellungsbeschluß beschlossen hatte, daß eine Gewinnverteilung erst nach Durchführung eines schwebenden, in der Bilanz bereits berücksichtigten Geschäfts an einem vom Aufsichtsrat bekannt zu machenden Zeitpunkt vorzunehmen sei (R.G. XI, 162; vgl. auch R.O.H. IX, 273). Abzulehnen ist die noch weiter gehende Ansicht (des R.G. XV, 100) daß eine endgiltige Feststellung auch dann nicht vorliege, wenn aus anderem Anlaß als zum Zweck der Ausgleichung eines unrichtigen Bilanzansatzes gleichzeitig die Nichtverteilung des Reingewinns beschlossen werde, daß mithin ein Gläubigerrecht erst entstehe, wenn der Reingewinn festgestellt und zur Verteilung angewiesen sei (R.O.H. XIX, 143). — Trotz endgiltiger Feststellung ist zulässig die Einrede aus öffentlichem Recht (§§. 215 Halbs. 2, 261), daß die Bilanz falsch aufgestellt und ein Reingewinn in Wahrheit nicht vorhanden sei (R.O.H. XVIII, 156; vgl. R.O.H. XXIII, 172, R.G. XI, 161, XXXII, 94, XXXVII, 63). Der bloße Mangel erforderlicher

Barmittel zur Auszahlung des Gewinns nimmt dem festgestellten Gewinn nicht die Eigenschaft eines verteilungsfähigen (R.G. XI, 161; vgl. §. 215 Anm. III b); die Barmittel müssen durch Versilberung oder Darlehnsaufnahme beschafft werden (Simon, Bilanzen §. 3 Anm. 27). — Über die Verjährung des Anspruchs aus dem Gewinnanteilschein bestimmt B.G. §§. 801 ff. (für das bisherige Recht vgl. auch R.G. IX, 33, XXIV, 205, für die Übergangszeit E.G. z. B.G. Art. 175).

d. **Soweit nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen.** Ein gesetzlicher Ausschluß von der Verteilung ergiebt sich aus den Vorschriften über den Reservefonds (§. 262) und über die Sperrfrist (§. 289 Abs. 3, Simon, Bilanzen S. 218). Ein satzungsgemäßer Ausschluß (vgl. auch §. 214 Abs. 3) kann in mannigfaltiger Weise erfolgen, z. B. durch Anordnung einer Vorwegleistung an einzelne Personen (z. B. §. 186 Abs. 1) oder die Inhaber bevorrechtigter Aktiengattungen (§. 185), durch Einräumung von Nachbezugsrechten (§. 185 Anm. II a) oder von Gewinnanteilen an den Aufsichtsrat (§. 245) oder Gesellschaftsbeamte (vgl. §. 59 Anm. II b), durch Anordnung größerer als der vom Gesetz als Mindestmaß verlangten Abschreibungen oder Rücklagen (§. 40 Anm. II, §. 262) oder der Einziehung von Anteilrechten (§. 227). Die Satzung kann auch die Verteilung des Gewinns ganz ausschließen und z. B. die Verwendung desselben zu gemeinnützigen Zwecken anordnen. — Eine Änderung der Satzung oder Einfügung neuer Vorschriften in dieselbe (§. 182 Anm. I) unterliegt, auch soweit hierdurch die Grundsätze über Verteilung des Reingewinns geändert werden, nur den allgemeinen Bestimmungen der §§. 274 ff. Für die Verteilung des letztjährigen Gewinnes sind nur diejenigen Änderungen maßgebend, welche vor Feststellung des Reingewinnes (oben Anm. II c) eingetragen sind (§. 277 Abs. 3).

III. **Andere Ansprüche.** Vgl. §. 211 Anm. I b. Das „nur“ in §. 213 Halbs. 2 gehört nicht, wie es nach der Fassung scheinen könnte, zu „Anspruch“, sondern zu „Reingewinn“. Es sollte nicht ausgedrückt werden, daß während Bestehens der Gesellschaft der Aktionär keine anderen Ansprüche als den Anspruch auf Reingewinn haben könne — was offensichtlich falsch wäre (vgl. z. B. §. 215 Abs. 2, §. 216, §. 282) — sondern nur, daß er als hauptsächliche Gegenleistung für die Einlage nicht Teile des eingezahlten Kapitals, sondern nur die Erträge des letzteren fordern könne. Aber selbst in dieser Begrenzung ist der Ausspruch noch ungenau. So kann z. B. dem Aktionär als Entgelt für die Einlage außer dem Anspruch auf Reingewinn auch der Eintritt in den von der A.G. unterhaltenen Zoologischen Garten gewährt werden (Staub Art. 216 §. 3).

§. 214.

Höhe der Gewinnanteile.

Die Antheile am Gewinne bestimmen sich nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so erhalten die Aktionäre aus dem vertheilbaren Gewinne vorweg einen Betrag von vier vom Hundert der geleisteten Einzahlungen; reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmt sich der Betrag nach einem entsprechend niedrigeren Satze. Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahrs zu leisten

waren, werden nach dem Verhältnisse der Zeit berücksichtigt, welche seit dem für die Leistung bestimmten Zeitpunkte verstrichen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Art der Gewinnvertheilung vorgesehen werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 212.

§. 214.

I. **„Einzahlung auf Aktien."** Unter „Einzahlung" ist in §. 214 nicht nur die Leistung einer Bareinlage, sondern auch diejenige einer Nichtbareinlage mitbegriffen. Unter „Einzahlung auf Aktien" sind hier wohl nur die in Anrechnung auf den Nennbetrag des Grundkapitalanteils bewirkten Leistungen zu verstehen, nicht auch das zur Deckung eines etwaigen Hinüberragens des Ausgabebetrages über den Nennbetrag Geleistete. So sowohl bei Vergleichung des Verhältnisses der einzelnen Leistungen zueinander, wie auch bei Ausscheidung der vier vom Hundert der geleisteten „Einzahlungen."

II. **„Verteilbarer Gewinn"** ist der festgestellte Reingewinn (§. 213 Anm. II c), soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist (§. 213 Anm. II d). Vgl. §. 215 Anm. III b, §. 227 Anm. II b 1.

III. **Gewinnteilung, falls Einbringungen in gleichem Verhältnis bewirkt.** Unerheblich ist, ob eine Vollzahlung der Anteile stattgefunden hat, oder nicht. Wie die Verteilung des verteilbaren Gewinns (oben Anm. II) unter die einzelnen Aktionäre zu erfolgen hat, richtet sich in erster Reihe nach dem Inhalt der Satzung (§. 214 Abs. 3, §. 213 Anm. II d). Soweit sie nichts bestimmt, erfolgt die Verteilung nach dem Verhältnis des Betrages der Grundkapitalanteile (§. 214 Abs. 1, §. 179 Anm. III a).

IV. **Gewinnteilung, falls Einbringungen in verschiedenem Verhältnis bewirkt.**

a. **Allgemeines.** Wie die Verteilung des verteilbaren Gewinns (oben Anm. II) zu erfolgen hat, richtet sich auch hier in erster Reihe nach dem Inhalt der Satzung (§. 214 Abs. 3, §. 213 Anm. II d). Soweit sie nichts bestimmt, erhalten die Aktionäre aus dem verteilbaren Gewinn, soweit er ausreicht, zunächst vier vom Hundert (§. 121 Anm. I) der geleisteten Einzahlungen (oben Anm. I). Durch diese neue Bestimmung des Gesetzes soll eine bisher offene Frage entschieden werden auf der Grundlage, daß im wesentlichen der Betrag der Grundkapitalanteile maßgebend ist, aber doch innerhalb gewisser Grenzen ein verschiedenes Verhältnis der Einbringungen Berücksichtigung findet (Denkschr. 133; vgl. §. 300 Abs. 3). „Jahresgewinn" hat hier eine andere Bedeutung als in §. 121 (vgl. §. 120 Anm. I c), nämlich nur die beschränkte Bedeutung des „verteilbaren Gewinnes" (oben Anm. II) des letzten Jahres (vgl. §. 237, §. 245 Abs. 1).

b. **Insbesondere, wenn Einbringungen im Laufe des Geschäftsjahres zu bewirken waren.** Auch in Satz 2 des §. 214 Abs. 2 ist vorausgesetzt, daß noch vor Ablauf des Geschäftsjahres (§. 120 Anm. I a) die Einbringung thatsächlich bewirkt ist. Nur unter dieser Voraussetzung soll es nach §. 214 Abs. 2 Satz 2 für die Gewinnverteilung gleichgiltig sein, wann die Einbringung thatsächlich erfolgt ist, und nur der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit maßgebend sein. Aus einer Einbringung vor Fälligkeit könnte der Aktionär ohnehin keinen Anspruch herleiten (§. 211 Anm. III), die in der Gleichstellung des nach Fälligkeit einbringenden Aktionärs mit den nicht säumigen Aktionären liegende Bevorzugung des ersteren wird ausgeglichen durch seine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen (§. 218 Abs. 1).

§. 215.

Verteilung des Reingewinns, Zinsen.

Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre weder bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt.

Für den Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebs erfordert, können den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden; der Gesellschaftsvertrag muß den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört.

A.D.H. Art. 217. **Entw. I** §. 199. **Entw. II** §. 213.

§. 215.

I. **Verhältnis des §. 215 zu §. 213.** Der §. 213 bestimmt, wenn auch in sehr ungenauer Weise, über das Recht auf Gewinnverteilung, welches den Aktionären — dahingestellt, ob jedem einzelnen, oder der Gesamtheit, vertreten durch eine Minderheit oder durch eine Mehrheit — gegenüber der Gesellschaft zusteht (§. 213 Anm. IIa). Der §. 215 enthält eine Vorschrift öffentlichen Rechts. Er verbietet die Vereinbarung der Zinszahlung und die thatsächliche Zahlung über eine bestimmte Grenze hinaus. Diese Grenze kann nicht im Sinne einer erweiterten Zahlungsmöglichkeit hinausgerückt werden, weder durch Vertrag der Gesellschaft mit einzelnen Aktionären (R.O.H. XVII, 388 z. B. bei Verkauf eigener Aktien), noch durch Satzungsbestimmung, noch durch Beschluß der Generalversammlung. Die thatsächliche Überschreitung verpflichtet den nicht gutgläubigen Aktionär zur Rückzahlung (§. 217) und macht die schuldigen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats schadensersatzpflichtig (§§. 241, 249). Dagegen ist eine Hereinrückung der Grenze im Sinne einer verringerten Zahlungsmöglichkeit zulässig.

II. **Verbot fester Zinsen.**

a. **Regel.** §. 215 Abs. 1 Halbs. 1. Verboten ist sowohl das Bedingen fester Zinsen wie die Auszahlung derselben. Eine gegen das Verbot verstoßende Vereinbarung ist nichtig (B.G. §. 134). Es hätte heißen sollen: „können nicht bedungen und dürfen nicht ausbezahlt werden" (vgl. Planck, B.G. Einl. IV 4b); entsprechend steht richtig „können" und „muß" in Abs. 2. Die Auszahlung, da sie eine durch bloße Nichtigkeit nicht rückgängig zu machende äußere Handlung enthält, ist nicht nichtig; sondern die Übertretung des Auszahlungsverbots hat nur andere Folgen (oben Anm. I). Das Verbot sowohl des Bedingens wie des Auszahlens fester Zinsen ist aber überhaupt einschränkend auszulegen; es hat keinen selbständigen Zweck, ist vielmehr durchaus untergeordnet dem Verbot, mehr als den Reingewinn zu verteilen oder (was im H.G.B. nicht ausgesprochen, aber aus B.G. §. 134 folgt) eine solche den Reingewinn übersteigende Verteilung zu bedingen. Unter „Zinsen von bestimmter Höhe" sind daher nur zu verstehen Zahlungen, welche zu leisten sind selbst soweit kein verteilbarer Reingewinn (§. 214 Anm. II) erzielt ist. Sobald daher die Pflicht zur Zinszahlung überhaupt nur mit der Maßgabe vereinbart wird, daß sie nicht eintreten solle soweit kein Reingewinn vorhanden, ist die Vereinbarung für wirksam zu erachten. So z. B. eine mit dieser Maßgabe erfolgte Vereinbarung eines Sondervorteils zu Gunsten einzelner Aktionäre (§. 186 Abs. 1), so die Zusage fester, vorweg aus dem Reingewinn zu entnehmender Bezüge und eventuell Nachbezüge an eine bevorrechtigte

Aktiengattung (§. 185 Anm. IIa), so die Vorwegverzinsung — soweit der Reingewinn reicht — der auf den Ausgabebetrag geleisteten Einlagen (§. 214 Abs. 2). — Über Dividendenergänzungsfonds vgl. unten Anm. IIId.

b. **Ausnahme (Bauzinsen).** §. 215 Abs. 2. Zinsen von bestimmter Höhe, also ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines verteilbaren Reingewinns, können nur unter den Voraussetzungen des §. 215 Abs. 2 bedungen werden. Wie bedungen, so auch bezahlt. Das fehlende „bezahlt" in §. 215 Abs. 2 ist so selbstverständlich wie das fehlende „bedungen" in §. 215 Abs. 1 Halbs. 2. Aus §. 215 Abs. 2 sind zwei Erfordernisse für die Zulässigkeit der Zinszahlung zu entnehmen:

1. Ein Form-Erfordernis: der Zeitpunkt, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört, muß in der Satzung angegeben sein. Unter Zeitpunkt ist hier ein durch Bezugnahme auf den Kalender bestimmter zu verstehen (Plenum R.O.H. XXII, 12, R.O.H. XXII, 22, M. 225). Beim Mangel einer derartigen kalendermäßigen Bestimmtheit ist das Versprechen unwirksam (Plenum R.O.H. XXII, 18).
2. Ein sachliches Erfordernis: Zinsen dürfen nur gezahlt werden für die Zeit, welche liegt sowohl vor Anfang des vollen Betriebs wie auch außerdem vor dem in der Satzung angegebenen, kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt. Sobald nur eins von beiden eingetreten ist, der Anfang des vollen Betriebes oder die Erreichung des in der Satzung bestimmten Zeitpunktes, endet der Zeitraum, für welchen Zinsen gezahlt werden dürfen (Plenum R.O.H. XXII, 16).

Die Einräumung fester Zinsen durch Satzungsbestimmung steht einer Feststellung des Reingewinns gleich, nicht der Zusicherung eines Anspruchs auf Feststellung. Auf den Anspruch des Aktionärs auf feste Zinsen sind daher die Regeln über den Anspruch auf Zahlung des festgestellten Reingewinns (§. 213 Anm. IIc) entsprechend anzuwenden. Hieraus folgt insbesondere, daß der Anspruch ein Gläubigerrecht des einzelnen Aktionärs ist, welches ihm nicht durch spätere Änderung der Satzung oder sonstige Generalversammlungsbeschlüsse entzogen werden kann (Plenum R.O.H. XXII, 20). Eine Änderung der ursprünglichen Satzung dahin, daß der kalendermäßig bestimmte Zeitpunkt hinausgeschoben wird, ist nach öffentlichem Recht für nicht zulässig zu erachten, weil, wenn gleichzeitig die A.G. den Beginn des vollen Betriebes verzögert, den Gläubigern der Gesellschaft auf diesem Wege ein Teil des ihnen haftenden Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der Aktionäre entzogen werden könnte, ohne daß sie dies bei der früheren Gewährung eines Zahlungsziels voraussehen konnten (Ring Art. 217 Anm. 10; ebenso Staub Art. 217 §§. 8, 9; dagegen Behrend §. 133 Anm. 26, Esser Anm. 6). Aus gleichem Grunde kann Zulässigkeit einer Gewährung von Bauzinsen nicht durch Satzungsänderung eingeführt werden, wenn die ursprüngliche Satzung keine derartige Bestimmung enthielt (Oberstes Landesger. München v. 4. Juli 1890 Z.f.H. Bd. 40 S. 475). Über die Art, wie die Bauzinsen in die Bilanz einzustellen, vgl. §. 261 Ziff. 3.

III. **Verbot, mehr als den Reingewinn zu verteilen.** §. 215 Abs. 1 Halbs. 2.

a. „**Nur** dasjenige ... was sich als Reingewinn ergiebt." Vgl. §. 213 Anm. III. Hiermit ist der Grundsatz der Bindung des eingelegten Kapitals festgelegt (Denkschr. 133). Nach dieser Richtung wird der §. 215 ergänzt durch §. 221, welcher die Befreiung von rückständigen „Kapitaleinlagen" und Aufrechnung mit solchen verbietet (vgl. auch §. 289 Abs. 4), durch §. 213, welcher ein weitergehendes Forderungsrecht des Aktionärs ausschließt, durch §. 217, welcher den nicht gutgläubigen Aktionär für haftbar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Höhe der gesetzwidrig empfangenen Zahlungen er-

klärt, durch §. 241 Abs. 3 Ziff. 1, 5, §. 249 Abs. 3, welche die Haftung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat im Falle unzulässiger Verteilung von Gesellschaftsvermögen näher bestimmen. Die Begrenzungen jener Regel der Bindung des eingelegten Kapitals sind näher geregelt in §§. 215 Abs. 2 (Bauzinsen), 216 (Vergütung für wiederkehrende Leistungen), 226 (Erwerb eigener Mitgliedscheine durch die A.G.), 227 Abs. 2 (Einziehung), 288 ff. (Herabsetzung des Grundkapitals). Bei der A.G. ist die thatsächliche Rückgewähr unerlaubt; für die K.G. ist die Frage abweichend geregelt (§. 172 Anm. III; dagegen nach bisherigem Recht R.G. XXVII, 11). Eine unerlaubte Rückgewähr liegt auch in einer nachträglichen, zwischen Aktionär und A.G. vereinbarten, dem eingelegten Betrage die Eigenschaft der Einlage entziehenden Verfügung, z. B. in der Abrede, daß die A.G. die gezahlte Einlage als Geschenk behalten solle, so daß das durch Zahlung bereits erloschene Recht auf Einforderung wiederauflebe (R.G. XXVII, 12).

b. **Verteilbarer Reingewinn.** Vgl. §. 214 Anm. II. Die Fassung des §. 215 Abs. 1 Halbsatz 2 könnte zu der Annahme verleiten, daß die dort gegebene Höchstbegrenzung für die Verteilung die einzige sei. Dies wäre unzutreffend (ebenso Esser Anm. 1). Hier ist die fernere Begrenzung hinzuzudenken, welche in §. 213 ausdrücklich aufgenommen: „soweit dieser (Reingewinn) nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist" (§. 213 Anm. IId). Allerdings treten unter Umständen etwas abweichende Folgen ein, je nachdem, ob die Verteilung des Reingewinns gegen das Gesetz, oder ob sie gegen die Satzung verstößt. Aber die Verteilung von gesetzlich nicht verteilbarem Reingewinn steht der Verteilung von Nichtreingewinn auch in ihren Folgen für Verteiler und Empfänger gleich, denn beides enthält einen Verstoß gegen öffentliches Recht.

c. **„Was sich als Reingewinn ergiebt."** Da nur dasjenige verteilt werden darf, was sich als Reingewinn nach der Bilanz ergiebt, so folgt, daß die Feststellung der Bilanz, mithin (§. 261 Ziff. 6) auch des Gewinns (§. 213 Anm. IIc) bereits geschehen sein muß, bevor die Verteilung erfolgen darf. Hiernach sind Abschlagsverteilungen auf erhofften Gewinn unzulässig (P. 1044). Selbst der so festgestellte Reingewinn darf nicht verteilt werden, insoweit diese Feststellung auf einer nach öffentlichem Recht falschen Aufstellung der Bilanz beruht (§. 213 Anm. IIc).

d. **Nach der jährlichen Bilanz.** (Ebenso §. 227 Abs. 2). Dies ist nicht etwa dahin zu verstehen, daß der in dem betreffenden Jahre erzielte Gewinn, ohne Rücksicht auf frühere Verluste, verteilbar wäre (vgl. wegen des in §. 214 gebrauchten Ausdrucks „Jahresgewinn" §. 214 Anm. IVa), sondern dahin, daß nur der Inhalt der ordentlichen, für den Schluß des Geschäftsjahres aufzustellenden Bilanz (§. 260 Abs. 1: „Jahresbilanz"), nicht der Inhalt einer etwaigen Zwischenbilanz, maßgebend sein soll. — Umgekehrt ist eine Verteilung zulässig, wenn das letzte Jahr keinen Gewinn gebracht hat, aber in früheren Jahren die Nichtverteilung des damaligen verteilbaren Reingewinns (oben Anm. IIIb) beschlossen, und insoweit die damalige Rücklage nicht durch spätere, vor dem nunmehrigen Verteilungsbeschluß eingetretene Verluste aufgezehrt worden ist (P. 313). So insbesondere im Falle der in früheren Jahren erfolgten Schaffung eines besonderen „Dividendenergänzungsfonds"; so auch bei Vorschreibung eines nicht verteilten Reingewinnrestes auf besonderes Reservekonto oder neues Gewinnkonto (Staub Art. 217 §. 6). Über die Zulässigkeit derartiger Zurückbehaltung erzielten Gewinnes vgl. §. 213 Anm. IIb—d. — Da nur die für den Schluß des Geschäftsjahrs aufzustellende Bilanz gemeint ist, das Geschäftsjahr (ins-

besondere das erste) aber kürzer als ein Kalenderjahr sein kann, so kann auch ein in der Bilanz eines solchen kürzeren Geschäftsjahrs festgestellter Gewinn verteilt werden (O.L.G. Hamburg v. 8. Oktober 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 551).

IV. **Gewähr eines Dritten für bestimmte Höhe verteilbaren Gewinns** (Dividendengarantie). Der §. 215 betrifft nur Zusagen der Aktiengesellschaft und Verteilungen aus dem Gesellschaftsvermögen. Er berührt nicht die Zulässigkeit von Zusagen Dritter oder Verteilungen aus dem Vermögen Dritter. Auch nicht, wenn die Gewähr unter der Bezeichnung einer Gewähr für bestimmte „Verzinsung" übernommen ist (P. 1043, R.O.H. X, 307). Je nach dem Einzelfall kann das Gewährversprechen einen verschiedenen Inhalt haben. In der Regel verspricht der Dritte nur der Gesellschaft bedingt einen Zuschuß, selten unmittelbar den Aktionären (R.O.H. XXII, 226). Ist das Versprechen gegenüber der Gesellschaft erfolgt, so kann im Einzelfall die Absicht dahin gehen, daß die einzelnen Aktionäre unmittelbar das Recht erwerben sollen, die Leistung zu fordern (B.G. §. 328); doch ist dies im Zweifel nicht anzunehmen, da die Stellung des Dritten erschwert wird, wenn er viele Teilleistungen zu bewirken und die Berechtigung der einzelnen Aktionäre zu prüfen hat (vgl. auch B.G. §. 399). Denkbar ist auch eine Regelung dahin, daß der Dritte den Zuschuß zwar nur an die Gesellschaft zu zahlen verpflichtet ist, das Gezahlte jedoch nicht in das Gesellschaftsvermögen übergeht, sondern von der Gesellschaft für die zum Empfang berechtigten einzelnen Aktionäre getrennt verwaltet und unter sie verteilt wird. Die letztere Regelung schwebte anscheinend der Reichstagskommission vor, wenn dort ohne Widerspruch bemerkt wurde, die Gesellschaft sei nur Empfängerin für die einzelnen Aktionäre, so daß letztere auch im Konkursfalle nicht geschädigt würden (K.B. 58). — Über die Zulässigkeit der Ausgabe von Kleinaktien im Falle der Gewährleistung durch deutsche öffentliche Körperschaften vgl. §. 180 Anm. II a 2.

§. 216.

Vergütung für wiederkehrende Leistungen.

Für wiederkehrende Leistungen, zu denen die Aktionäre nach dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen verpflichtet sind, darf eine den Werth der Leistungen nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergiebt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 200. **Entw. II** §. 214.

§. 216.

I. **Wiederkehrende Leistungen der Aktionäre.** Vgl. §. 212 Anm. I.

II. **Ohne Rücksicht darauf, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergiebt.** Vgl. §. 215 Anm. III.

III. **Den Wert der Leistungen nicht übersteigende Vergütung.** Soweit die Vergütung den Wert der Leistung übersteigen würde, läge eine unzulässige Verteilung von mehr als dem verteilbaren Reingewinn (§. 215 Anm. IIIb) vor. Da dies nach öffentlichem Recht unzulässig, so kann etwas Entgegenstehendes auch nicht durch Vereinbarung der Gesellschaft mit dem Aktionär, durch Satzungsbestimmung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder einer anderen Gesellschaftsbehörde bestimmt werden. Im übrigen ist unerheblich, in welcher Weise die Höhe der Vergütung bestimmt wird. So kann z. B. in der Satzung die Generalversammlung, der Vorstand oder der Aufsichtsrat ermächtigt werden, den für die Berechnung der

Vergütung maßgebenden Einheitspreis (z. B. den Rübenpreis) innerhalb eines bestimmten Mindest- und Höchstbetrages (oder auch ohne solche Begrenzung) für bestimmte Zeitabschnitte festzusetzen, oder auch demnächst wieder herabzusetzen, wenn ein zur Auszahlung desselben ausreichender Reingewinn nicht erzielt ist (Denkschr. 133). Bis zur endgiltigen Feststellung der zu gewährenden Vergütung kommen die Grundsätze über den Anspruch des Aktionärs auf Feststellung des verdienten Reingewinns (§. 213 Anm. II b) zur entsprechenden Anwendung, nach endgiltiger Feststellung (wenn nicht die Möglichkeit späterer Herabsetzung vorbehalten) die Grundsätze über den Anspruch des Aktionärs auf Zahlung des festgestellten Reingewinns (§. 213 Anm. II c, d). Bei den Beschlüssen der Gesellschaftsbehörden muß die Gleichberechtigung der einzelnen Aktionäre gewahrt bleiben (§. 211 Anm. I b).

§. 217.

Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre.

Die Aktionäre haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Was ein Aktionär in gutem Glauben als Gewinnantheil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern gegen die Aktionäre zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Die nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche verjähren in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung an.

A.D.H. Art. 218 (198). **Entw. I** §. 201. **Entw. II** §. 215.

§. 217.

I. **Voraussetzung** der Haftung.

a. **Zahlung** der Gesellschaft. Die in dem Wort „Zahlung" liegende Beschränkung (vgl. auch §. 195 Anm. IV d, §. 218 Anm. I) ist als nicht beabsichtigt anzusehen. Die Bestimmung ist daher entsprechend anzuwenden auf jede (auch nicht in Geld bestehende) Leistung der A.G. an einen Aktionär, einschließlich eines Erlasses oder eines Aufrechnungsvertrages.

b. **„Den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen."** Vgl. §. 213 Anm. II d, §. 215 Anm. III b. Gemeint ist: „unter Verstoß gegen öffentliches Recht". Ob ein Verstoß gegen Satzungsbestimmungen oder gegen Sonderrechte anderer einzelner Aktionäre oder gegen die Vorrechte einer Aktiengattung vorliegt, ist unerheblich. Jede gegen öffentliches Recht verstoßende „Zahlung" hat die in §. 217 bestimmte Wirkung. Voraussetzung ist nicht, daß durch die Zahlung der Wert des verbleibenden Vermögensüberschusses der Gesellschaft unter den Nennbetrag des Grundkapitals sinkt; so liegt z. B. die Voraussetzung des §. 217 auch dann vor, wenn der Reservefonds seinem gesetzlich bestimmten Zwecke zuwider den Aktionären ausgeantwortet wird (Denkschr. 135).

c. **Aktionär** als Empfänger. Zur Entgegennahme der Zahlung des festgestellten Gewinnanteils ist der Inhaber des getrennten Gewinnanteilscheins berechtigt (§. 213 Anm. II c, §. 185 Anm. II a). Hat der Inhaber eines getrennten Gewinnanteilscheins unter Verstoß gegen die Vorschriften des H.G.B. Zahlungen von der Gesellschaft empfangen, so ist wohl der §. 217 entsprechend auf ihn,

nicht auf den Aktionär, von dessen Aktie jener Gewinnanteilschein getrennt war, anzuwenden. Dies ist P. 336 vorausgesetzt, da dort bemerkt wird, daß die Gutgläubigkeit der (in eigenem Namen) den Gewinn erhebenden „Kommissionäre u. s. w." (d. h. Kommissionäre oder Agenten) deren Pflicht, das zuviel Empfangene zunächst aus eigenen Mitteln zu erstatten, ausschließen soll. Überhaupt knüpft sich die Wirkung des §. 217 an die Person des Empfängers. Wird nach dem Empfang das Anteilrecht veräußert, so bleibt dennoch der Empfänger haftbar; die Haftung geht nicht mit dem Anteilrecht auf den Erwerber über.

d. **Ausnahme: gutgläubiges Beziehen als Gewinnanteil oder Zinsen.** Vgl. §. 172 Anm III.

1. Guter Glaube. Der in Anspruch genommene Aktionär kann einwenden (und muß dann beweisen), daß er die Rückzahlung in gutem Glauben als Gewinnanteil oder Zinsen bezogen habe. Daß auch der Errichter der Bilanz oder der Zahlende in gutem Glauben war, ist (abweichend von §. 172 Abs. 5) nicht vorgeschrieben. Auch grobe Fahrlässigkeit schließt den guten Glauben aus (B.G. §. 932 Abs. 2).
2. Als Gewinnanteil oder Zinsen. Voraussetzung ist, daß der beziehende Aktionär die Zahlung als eine Zahlung von Gewinnanteil oder Zinsen (§. 215 Anm. IIb, IV; vgl. P. 336) in Empfang genommen hat, nicht etwa z. B. als eine Rückzahlung der Einlage, als Anteil bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens, als (zu hohe) Vergütung für eine wiederkehrende Leistung. In den letzteren Fällen besteht die Haftung aus §. 217 selbst bei gutem Glauben des Empfängers.
3. Beziehen. Der gute Glaube muß zur Zeit des Beziehens (§. 169 Anm. IV; vgl. jedoch für die bisherige Fassung R.O.H. XVIII, 157) vorhanden sein; der Zeitpunkt der Feststellung des Gewinns (§. 213 Anm. IIc) ist hierfür unerheblich (R.O.H. XVIII, 157).

II. **Inhalt** der Haftung **gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.**

a. **Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.** Der §. 217 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3 bezieht sich ausschließlich auf die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wobei unerheblich ist, ob daneben im Einzelfall auch eine Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft besteht (Denkschr. 135). Der §. 217 Abs. 1 Satz 2 ist dahin auszulegen, daß er sowohl auf das Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern wie auf das Verhältnis zur Gesellschaft Anwendung findet (unten Anm. III); ersteres, trotzdem das Wort „zurückzahlen" gebraucht ist, welches für das Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern nicht zutrifft.

b. **Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Vgl. §. 128 Anm. III.

c. **Art** der Haftung. Vgl. §. 171 Anm. I, §. 178 Anm. IV. Die Haftung ist eine unmittelbare. Der einzelne Gesellschaftsgläubiger klagt gegen den Aktionär, nicht etwa auf Rückzahlung des unzulässigerweise Empfangenen an die Gesellschaft, sondern unmittelbar auf Zahlung der Gesellschaftsschuld an den Gläubiger in Höhe des unzulässigerweise Empfangenen. Der Aktionär steht in allen Beziehungen gleich einem Kommanditisten, nur daß seine unmittelbare Haftung nicht durch die Höhe des im Verhältnis nach außen abgegebenen Einlageversprechens abzüglich der geleisteten Einlage, sondern durch die Höhe des unzulässigerweise Empfangenen begrenzt ist. Daher sind auch alle diejenigen Vorschriften für entsprechend anwendbar zu erachten, welche zur Regelung jener Klage des Gesellschaftsgläubigers gegenüber dem Kommanditisten und der dem letzteren zustehenden Einwendungen gegeben sind: die A.G. und die nach §. 217 haftenden Aktionäre sind Gesamtschuldner (§. 171 Anm. Ib), der Aktionär hat die nach §. 129 zulässigen Einwendungen (§. 129 Anm. IIa—c, §. 161 Anm. IIb 17),

und es ist auch für zulässig zu erachten, daß er — selbst nach Anstellung der Klage des Gesellschaftsgläubigers — das unzulässigerweise Empfangene an die Gesellschaft zurückgiebt und sich dadurch von fernerer unmittelbarer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreit (§. 171 Anm. II). Während des Gesellschaftskonkurses übt der Konkursverwalter das sonst den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht aus (§. 171 Anm. Ia).

d. **Verjährung.** Vgl. §. 159, §. 161 Anm. IIb 39. Auch hier ist anwendbar die in dem entsprechenden §. 159 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochene Einschränkung: „sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt". Entsprechend ist wohl auch anzuwenden §. 159 Abs. 3 dahin, daß, wenn eine vor unzulässiger Rückgewähr an den Aktionär begründete Gesellschaftsverbindlichkeit erst später fällig wird, die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnt.

III. **Haftung gegenüber der Gesellschaft.** Der §. 217 enthält nichts darüber, in welchen Fällen das Gezahlte seitens der Gesellschaft zurückgefordert werden kann. Ob die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch (z. B. Irrtum bei Auszahlung, Denkschr. 135, §. 169 Anm. IV) vorliegen, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (R.O.H. XXIII, 173, R.G. XIII, 28, XXXII, 96). Der §. 217 Abs. 1 Satz 2 (oben Anm. Id) ist jedoch dahin auszulegen, daß er auch auf das Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft Anwendung finden soll; auch bei der Kommanditgesellschaft ist eine ähnliche Vorschrift nicht nur für das Verhältnis nach außen (§. 172 Abs. 5), sondern auch für das Verhältnis nach innen (§. 169 Abs. 2) gegeben, und der bisherige Art. 218 A.D.H., dessen Vorschrift der §. 217 in sich aufgenommen haben soll (Denkschr. 135), betraf vorzugsweise, wenn nicht ausschließlich, das Verhältnis nach innen. — Dem einzelnen durch die Auszahlung geschädigten Aktionär steht kein Klagerecht gegen den Empfänger zu (Litthauer Anm. c).

§. 218.

Verzögerte Einzahlung.

Ein Aktionär, der den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Ist im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt, so hat die Aufforderung zur Einzahlung in der Weise zu geschehen, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgen.

A.D.H. Art. 184 (219 Abs. 2). **Entw. I** §. 202. **Entw. II** §. 216.

§. 218.

I. **Tragweite der §§. 218—220.** („Zahlung eines Betrages auf die Aktie".) Die §§. 218—220 betreffen nur eine Säumnis bei der Leistung einer „Kapitaleinlage" (§. 211 Anm. II), nicht auch anderer den Aktionären obliegender Leistungen. Aber nicht jeder „Kapitaleinlage", sondern nur der bar zu leistenden (Staub Art. 184 Vorbem., Behrend §. 120 Anm. 9, Rudorff S. 172). Ersteres folgt aus den Worten „auf die Aktie", welche hier gleichbedeutend sind (§. 179

Anm. I) mit „auf den Grundkapitalanteil" (richtiger: „auf den Ausgabebetrag"; §. 211 Anm. II). Letzteres folgt aus der Erwähnung eines eingeforderten „Betrages" (vgl. jedoch §. 179 Anm. VI) und aus dem Worte „Einzahlung" (vgl. jedoch §. 217 Anm. Ia); ebenso findet sich die Beschränkung auf „Geldeinlage" in §. 111, welcher dem §. 218 entspricht. Für den Fall einer Säumnis bei Leistung einer nicht baren „Kapitaleinlage" kommen nicht §§. 218—220, sondern die allgemeinen Bestimmungen des B.G. zur Anwendung (vgl. auch §. 195 Anm. IVa). Die §§. 218—220 gehen ferner, indem sie ein schon bestehendes Anteilrecht des Aktionärs voraussetzen, davon aus, daß es sich um eine nach Entstehung der Gesellschaft (§. 200 Anm. I) zu leistende Einzahlung handelt. Sie sind daher nicht anwendbar auf eine vor Eintragung der Gesellschaft zu leistende Einzahlung (vgl. §. 195 Anm. IV). — Da „Aktie" in §§. 218—220 nicht auf die Urkunde zielt, so ist unerheblich (§. 179 Anm. IIb), ob überhaupt und ob vorschriftsmäßige Mitgliedscheine ausgegeben sind; selbst wenn keine oder nicht vorschriftsmäßige Mitgliedscheine ausgegeben waren, sind §§. 218—220 anwendbar (dagegen Staub 5. Aufl. S. 491, Rudorff zu §. 220 Abs. 2); §. 219 Abs. 4 Satz 1 und §. 220 Abs. 1 Satz 3 allerdings nur entsprechend. Waren unzulässigerweise (§. 179 Abs. 3) Inhaberurkunden ausgegeben, so ist ein Rückgriff gegen Rechtsvorgänger ausgeschlossen (§. 220 Anm. IIb).

II. **Einforderung.** Über Einforderung vor Gesellschaftsanmeldung vgl. §. 195 Anm. IVb; über Einforderung nach Auflösung oder bei Nichtigkeit der Gesellschaft vgl. §. 300 Abs. 3, §. 311 Abs. 3.

a. **Gleichmäßigkeit gegenüber allen Verpflichteten.** Die Einforderung hat gegenüber allen zu Bareinlagen verpflichteten Aktionären in gleichem Verhältnis und mit gleichen Maßgaben zu erfolgen. Das Gegenteil ist zwar nicht durch öffentliches Recht verboten; doch stehen die Sonderrechte der Benachteiligten entgegen (§. 211 Anm. 1b). Haben die letzteren auf ein Widerspruchsrecht verzichtet (z. B. durch Satzungsbestimmung oder Einzelverzicht), so ist daher ungleichmäßige Einforderung für zulässig zu erachten. Zu beachten ist indessen, daß benachteiligt nicht notwendig diejenigen sind, welche früher als andere einzahlen müssen, sondern unter Umständen (§. 214 Abs. 3; wohl selten im Fall des Abs. 2) diejenigen, welche später als andere einzahlen sollen, und mithin (§. 211 Anm. III) nicht früher einzahlen dürfen, deshalb aber dann geringer am Gewinn beteiligt sind. Mangels einer entsprechenden Satzungsbestimmung oder Zustimmung der Benachteiligten ist auch ein nach Aktiengattungen verschiedenes Verhältnis der Einforderung nicht für zulässig zu erachten (a. M., wie es scheint, Ring Art. 184 Anm. 2, Staub Art. 184 §. 2, Behrend §. 120 Anm. 8, Esser Anm. 3). In K.B. 69 sind die Fälle erwähnt, daß von Aktionären mit zweifelhafter Borgwürdigkeit höhere Einzahlungen als von den übrigen eingefordert seien, oder daß einzelnen Aktionären gestattet worden sei, über den eingeforderten Betrag hinaus Einzahlungen zu machen. Hierdurch sollte wohl nicht die allgemeine Zulässigkeit derartiger Maßnahmen anerkannt werden. — Besteht im Konkurse der A.G. ein so hoher Fehlbetrag, daß er, auch wenn alle Aktionäre voll einzahlen, nicht gedeckt werden kann, so kann nach Bolze Bd. 22 Nr. 516 der einzelne in Anspruch genommene Aktionär keinen Einwand daraus herleiten, daß der Verwalter mit anderen Aktionären einen Vergleich geschlossen hat, wonach sie nur einen geringeren als den vollen rückständigen Betrag einzuzahlen haben; denn in diesem Falle bestehe kein Interesse der in Anspruch Genommenen an gleicher Behandlung der übrigen Aktionäre.

b. **Einfordernde Gesellschaftsbehörde.** Wer die Einforderung zu beschließen hat, ist häufig in der Satzung geregelt (vgl. auch §. 189 Anm: IIIb 5). Mangels einer solchen Bestimmung ist auch in dieser Beziehung der Vorstand zur Vertretung

der Gesellschaft berechtigt (§. 231). Abweichend für Genossenschaften Gen.-Ges. §. 50, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung Ges. betr. G. m. b. H. §. 46 Ziff. 2.

c. **Form.** §. 218 Abs. 3. Die Form ist — mangels anderer Bestimmung der Satzung (§. 182 Anm. I) — die allgemein für die Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebene (§. 182 Anm. IVb 7).

III. **Nichteinzahlung zur rechten Zeit.** Vgl. §. 111 Anm. Ic. „Nicht zur rechten Zeit" erfolgt die Zahlung, wenn sie trotz Einforderung nicht erfolgt. Nur die sachlich und förmlich vorschriftsmäßige Einforderung (oben Anm. II) hat die in §§. 218—220 bestimmten Wirkungen. Die Einforderung wird nicht ersetzt durch Angabe bestimmter Einzahlungszeiten in der Satzung (Ring Art. 184 Anm. 5; ebenso Staub Art. 184 §. 2, gegen Behrend §. 120 Anm. 7). Die Thatsache der Säumnis ist genügende Voraussetzung für die Anwendung der §§. 218 Abs. 1 Satz 1, 219, 220, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Säumigen (§. 111 Anm. V). Der §. 218 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 enthält lediglich eine Verweisung auf allgemeine Vorschriften; insofern ist daher die Frage des Verschuldens unter Umständen erheblich.

IV. **Folgen der Säumnis.**

a. **Zinszahlungspflicht.** §. 218 Abs. 1 Satz 1. Vgl. §. 111 Anm. V. Außer der Einforderung (oben Anm. II) ist besondere Mahnung nicht erforderlich (R.G. IX, 44).

b. **Schadensersatzpflicht.** §. 218 Abs. 1 Satz 2. Vgl. §. 111 Anm. VI. Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist ein Verzug des Aktionärs (B.G. §. 286, oben Anm. III).

c. **Vertragsstrafe.** §. 218 Abs. 2. Vgl. §. 212 Anm. Id. Voraussetzung der Verwirkung ist Verzug des Aktionärs (B.G. §. 339, oben Anm. III). Da eine teilweise freiwillige Befreiung von der Einzahlungspflicht unzulässig ist, so kann die Vertragsstrafe nur neben der Erfüllung (B.G. §. 341), nicht auch statt der Erfüllung (B.G. §. 340) bedungen werden. Ein über den Betrag der Vertragsstrafe hinausgehender Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung kann — unter Anrechnung der Vertragsstrafe als Mindestbetrag — gefordert werden (B.G. §. 341 Abs. 2). Unter derselben Maßgabe — also nur soweit die Vertragsstrafe übersteigend — auch die Verzinsung gemäß §. 218 Abs. 1 Satz 1 (ähnlich auf Grund des Preuß. Landrechts R.G. IX, 44, jedoch unter Zubilligung von Zinsen seit Klageanstellung; dagegen Ring Art. 184 Anm. 4). Dies ist anzunehmen, weil doch auch die Verzinsung nur eine (gesetzlich bestimmte) Art des Schadensersatzes ist. War allerdings der Aktionär nicht von Anfang an in Verzug, so hatte der Zinsenlauf schon begonnen, bevor das Verlangen auf Vertragsstrafe gestellt werden durfte. — Über die Frage, ob als Vertragsstrafe auch die Verwirkung des Anteilrechts zu Gunsten der Gesellschaft bedungen werden kann, vgl. §. 212 Anm. Id. — Auf die Androhung einer Vertragsstrafe durch Satzungsänderung ist §. 276 entsprechend anwendbar.

V. **Zahlungspflichtiger.**

a. **Bezüglich des „auf die Aktie eingeforderten Betrages"** ist der jeweilige Aktionär (vgl. §. 223 Abs. 3, §. 224) zahlungspflichtig. Aus §§. 218, 219 ist zu entnehmen, daß bei Rechtsnachfolge im Anteilrecht nicht etwa diejenige Person, welche im Zeitpunkt der Einforderung oder im Zeitpunkt der zu bewirkenden Einzahlung Aktionär ist, nunmehr auch für die folgenden, in §. 219 vorgeschriebenen Maßnahmen der Gesellschaft der Zielpunkt bleibt. Vielmehr ist „Aktionär" im Sinne der §§. 218, 219 für jeden einzelnen der in Betracht kommenden aufeinanderfolgenden Zeitpunkte jedesmal diejenige Person, welche

zur Zeit des betreffenden Zeitpunkts Aktionär ist. Erst die Verlustigkeitserklärung bringt die Aufeinanderfolge der Haftenden zum Stillstand (§. 219 Abs. 4 Satz 2, §. 220). Ebenso wirkt die vor Verlustigkeitserklärung erfolgte Erhebung der Klage (C.P.O. §. 265); im letzteren Fall tritt aber die Haftung auch des jeweiligen späteren Erwerbers ein, denn dieser ist dann auch „Aktionär" (vgl. auch C.P.O. §. 325). Die Rechtsvorgänger haften der Gesellschaft nur gemäß §. 220.

b. **Bezüglich Zinsen, Schadensersatz, Vertragsstrafe.** Zur Zahlung dieser Nebenschulden ist nach §. 218 der „Aktionär" verpflichtet, und §. 220 bestimmt nicht, daß in dieser Beziehung auch der Rechtsvorgänger haftet. Da die Nebenschuld aber bereits mit dem Zeitpunkt der Nichtzahlung begründet (wenn auch zum Teil nicht sofort fällig) wird, so ist anzunehmen, daß derjenige, welcher damals Aktionär ist, sich von seiner Verbindlichkeit nicht durch Veräußerung seines Anteils befreien kann. Andererseits haftet auch der Erwerber, denn das Nichteinzahlen dauert auch unter ihm fort. Eine Teilung zwischen Veräußerer und Erwerber nach dem Verhältnis der Besitzzeit wäre bei der Zinsschuld, aber kaum bei der Schadensersatz- oder der Vertragsstrafenschuld durchzuführen. Daher wird anzunehmen sein, daß für alle Nebenschulden in voller Höhe der zur Zeit der Fälligkeit der Einzahlung Anteilberechtigte und dessen Rechtsnachfolger als Gesamtschuldner haften.

§. 219.

Verlustigerklärung.

Erfolgt die Einzahlung nicht rechtzeitig, so kann den säumigen Aktionären für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablaufe der Frist ihres Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen verlustig erklärt werden.

Die Aufforderung muß dreimal in den im §. 182 Abs. 3 bezeichneten Blättern (Gesellschaftsblättern) bekannt gemacht werden; die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablaufe der für die Einzahlung gesetzten Nachfrist erfolgen. Sind die Antheilsrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar, so genügt an Stelle der öffentlichen Bekanntmachungen der einmalige Erlaß besonderer Aufforderungen an die säumigen Aktionäre; in diesen Aufforderungen muß eine Nachfrist gewährt werden, die mindestens einen Monat von dem Empfange der Aufforderung an beträgt.

Zahlt ein Aktionär den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist er seines Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig zu erklären. Die Erklärung erfolgt mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

An Stelle der bisherigen Urkunde ist eine neue auszugeben, die außer den früher geleisteten Theilzahlungen den eingeforderten Betrag zu umfassen hat. Wegen des Ausfalls, den die Gesellschaft an diesem Betrag oder an den später eingeforderten Beträgen erleidet, bleibt ihr der ausgeschlossene Aktionär verhaftet.

A.D.H. Art. 184a Abs. 1, 2 (209 Abs. 2). **Entw. I** §. 203. **Entw. II** §. 217.

§. 219.

I. **Einleitung des Verlustigerklärungs-Verfahrens.**

a. **Freiwilligkeit.** Die A.G. hat die Wahl, ob sie ein Verlustigerklärungs-Verfahren einleiten will (§. 219 Abs. 1: „kann"), ob sie zunächst gegen die nicht einzahlenden Aktionäre mit Klage auf Einzahlung vorgehen, oder ob sie nichts veranlassen will. (Doch kann im einzelnen Fall darin, wie die Wahl getroffen wird, ein Verschulden der Gesellschaftsbehörde liegen, M. 85.) Ist aber einmal das Verlustigerklärungs-Verfahren eingeleitet, so muß es durchgeführt werden (§. 219 Abs. 3: „ist"), soweit nicht im Laufe desselben die rückständigen Einzahlungen bewirkt werden. Über die Frage, ob der Verlustigerklärung auch der Rückgriff gegen die Rechtsvorgänger folgen muß, vgl. §. 220 Anm. I.

b. **Voraussetzung** ist die nicht rechtzeitige (§. 218 Anm. III) Einzahlung des auf den Ausgabebetrag eingeforderten (§. 218 Anm. II) durch Barzahlung zu leistenden Betrages (§. 218 Anm. I) seitens eines oder mehrerer Aktionäre. Die Nichtleistung einer Nebenschuld (§. 218 Anm. IV) ist nicht genügende Voraussetzung für ein Verlustigerklärungs-Verfahren.

c. **Einleitende Gesellschaftsbehörde.** Vgl. §. 218 Anm. IIb. Mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung ist der Vorstand zuständig (§. 231, K.B. 17).

II. **Wiederholte Zahlungsaufforderung.**

a. **Allen** säumigen Aktionären gegenüber muß sie erfolgen (§. 219 Abs. 1: „den"; K.B. 17). Auch im Fall des Erlasses besonderer Aufforderungen an die einzelnen Aktionäre (§. 219 Abs. 2 Satz 2).

b. **Fristbestimmung mit Androhung der Verlustigerklärung**, in §. 219 Abs. 2, 3 als „Aufforderung" bezeichnet. (Diese Ungenauigkeit ist eine Folge der Änderung der Fassung des Abs. 1 durch die Reichstagskommission.) Die einzuhaltenden Fristen ergeben sich aus §. 219 Abs. 2: mindestens drei Monate seit erster Bekanntmachung im Fall öffentlicher Aufforderung, mindestens ein Monat seit Aufforderungsempfang (wobei der Tag des Empfanges nicht mitzurechnen, B.G. §. 187 Abs. 1, K.B. 70), im Fall des Erlasses besonderer Aufforderungsschreiben an die einzelnen Aktionäre.

c. **Form.** §. 219 Abs. 2. Als Regel gilt die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§. 182 Anm. IVb 7). Sind jedoch die Anteilrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar (§. 179 Anm. IIc 2), so ist zulässig (aber nicht notwendig an die Stelle der mehrmaligen öffentlichen Bekanntmachung tretend) die einmalige und nicht öffentliche Aufforderung. Daß die letztere schriftlich erfolgen müsse, ist zwar (als Regel) vorausgesetzt, aber mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht für unerläßlich zu erachten, so lange nur alle sonstigen Erfordernisse: Aufforderung aller säumigen Aktionäre, Fristsetzung, Androhung, Empfang der Aufforderung, gewahrt sind. Ist der Aufenthalt des besonders aufzufordernden Aktionärs unbekannt, so kann die Zustellung der Aufforderung gemäß B.G. §. 132 Abs. 2 erfolgen. — Ein Verstoß gegen die Form bewirkt Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts (B.G. §. 125); diese Nichtigkeit kann auch seitens der Gesellschaft, welche verstieß, geltend gemacht werden (R.G. IX, 43). Wenn nach der Lage des Einzelfalls die nichtige Handlung noch rechtzeitig in giltiger Form nachgeholt werden kann, so ist dies zulässig; es braucht nicht unter allen Umständen (so Ring Art. 184a Anm. 2, Staub Art. 184a §. 4) das ganze Verfahren wiederholt zu werden, wenn nur ein Teil desselben fehlerhaft war.

III. **Verlustigerklärung.** §. 219 Abs. 3. Die Gesellschaft ist verpflichtet, die Verlustigerklärung zu bewirken, sobald deren Voraussetzungen vorliegen (oben Anm. Ia);

weitere Stundung ist unzulässig (Esser Anm. 3). Voraussetzung der Verlustigerklärung ist Nichtzahlung des rückständigen Betrages seitens des betreffenden Aktionärs bis zum Ablauf der Nachfrist. Daß auch die Verlustigerklärung gleichzeitig bezüglich aller nichtzahlenden Aktionäre ausgesprochen werden müsse, gegen welche die wiederholte Zahlungsaufforderung (oben Anm. II) erging, ist nicht vorgeschrieben, wohl weil im Fall des §. 219 Abs. 2 Satz 2 die Nachfrist gegenüber einzelnen Aktionären zu verschiedener Zeit ablaufen kann. Soweit letzteres nicht der Fall, folgt aber die Pflicht der A.G. zu gleichzeitiger Verlustigerklärung aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Aktionäre (§. 211 Anm. Ib). Die Form der Erklärung ist stets die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§. 182 Anm. IVb 7), selbst wenn die wiederholte Zahlungsaufforderung in der Form besonderer Mitteilungen an die einzelnen Aktionäre (oben Anm. IIc) ergangen war. Mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung ist der Vorstand zuständig zur Abgabe der Erklärung (vgl. oben Anm. Ic). Erst die Bekanntmachung enthält die maßgebende Erklärung; bis dahin behält daher der säumige Aktionär seine Rechte, insbesondere auch sein Stimmrecht in der Generalversammlung (O.L.G. Karlsruhe v. 15. März 1889 Z.f.H. Bd. 43 S. 323). — Eine Klage des Ausgeschlossenen auf Feststellung der Ungiltigkeit der Verlustigerklärung wegen Mangels ihrer sachlichen Voraussetzungen oder wegen eines Verstoßes gegen die Form ist zulässig (C.P.O. §. 256, R.G. XXVII, 52). — Auf den Verlust des Rechts aus den ausgegebenen Gewinnanteilscheinen ist §. 228 Abs. 2 entsprechend anwendbar (§. 228 Anm. 1).

IV. **Ausgabe einer neuen Urkunde.** Da nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß die neue Urkunde gleichartig mit der bisherigen sein soll, so wird es wohl zulässig sein, den früheren Interimsschein sofort durch eine Namenaktie zu ersetzen. Ist in dem Interimsschein der Betrag der geleisteten Einzahlungen angegeben, so ist die Einzahlung, wegen deren die Verlustigerklärung erfolgt ist, als geleistet mitzurechnen. Ebenso jedenfalls (§. 179 Abs. 4), wenn eine Aktie ausgegeben wird, welche auch bei Einrechnung der betreffenden nicht geleisteten Einzahlung noch nicht vollgezahlt wäre. Wenn §. 219 Abs. 4 vorschreibt, die neue Urkunde sei „auszugeben", so ist dies nur im Sinne von „auszustellen" zu verstehen (§. 220 Anm. 1); in der Regel folgt allerdings auch ein wirkliches „Ausgeben" (§. 220 Anm. IId). Dies ist indessen kein „Ausgeben" im Sinn des §. 184 (§. 220 Anm. III). Bis die Urkunde in dem durch §. 220 vorgeschriebenen Verfahren ausgegeben wird, ist sie Eigentum der A.G.; auch während dieser Zeit besteht das Anteilrecht fort (M. 85); und das Grundkapital (§. 178 Anm. IIa) bleibt unvermindert. Veräußert die A.G. das unverbriefte Anteilrecht, trotzdem die Verlustigerklärung in nicht giltiger Weise erfolgt war, so erlangt der Erwerber kein Anteilrecht, denn das Anteilrecht ist keine Sache, sondern vergleichbar einem Bündel von Forderungsrechten; mithin können nicht die Regeln über Erwerb einer Sache von einem Nichtberechtigten, sondern nur die Regeln über Abtretung zur Anwendung kommen (§. 105 Anm. If 2); die Abtretung seitens eines Nichtberechtigten überträgt aber kein Recht. Anders auch nicht, wenn das Anteilrecht — wie in der Regel — verbrieft ist (§. 219 Abs. 4 Satz 1) und dies die Forderung verbriefende Wertpapier (§. 179 Anm. IVb) veräußert wird, denn auf die Übertragung einer Berechtigung an einer durch Wertpapier verbrieften Forderung sind die Grundsätze über Eigentumsübertragung an Sachen (soweit überhaupt, §. 222 Anm. IVa) doch nur dann anwendbar, wenn die Ausstellung des Wertpapiers giltig war (vgl. B.G. §. 796); die Ausstellung eines neuen Mitgliedscheins trotz fortdauernden Anteilrechts des bisherigen Berechtigten und mithin fortdauernder Giltigkeit des bisherigen Mitgliedscheins ist aber, da die Zahl der Grundkapital-

anteile begrenzt ist, aus Gründen öffentlichen Rechts verboten und mithin nichtig (Behrend §. 120 Anm. 19, Staub Art. 184a §. 4; dagegen R.G. XXVII, 53, welches den Ausgeschlossenen auf einen Ersatzanspruch verweist, und ihm folgend Litthauer; beide Anteilrechte erachten für giltig Rudorff zu §. 219 Abs. 3, Cosack §. 117 III 5a).

V. **Haftung des ausgeschlossenen Aktionärs.** Mit der Verlustigerklärung verwandelt sich die bisher in erster Reihe stehende Haftung desjenigen, welcher bei Verlustigerklärung Aktionär war, in eine nur ergänzungsweise und nur auf den Ausfall eintretende. Dennoch beruht die nunmehrige Haftung auf demselben Rechtsgrunde wie die frühere („bleibt"). Demgemäß besteht die Haftung auch bezüglich der später (sei es vor oder nach Verlustigerklärung) eingeforderten Beträge; wenngleich auch in dieser Beziehung nur noch als ergänzende und auf den Ausfall beschränkte. Aus demselben Grunde (da sie auf §. 211 beruht) findet auch auf diese ergänzende Ausfallshaftung der §. 221 Anwendung. Der ausgeschlossene Aktionär hat nicht das Recht, gegen Zahlung die Aushändigung der neuen Urkunde zu verlangen (vgl. auch §. 220 Anm. IId); es sei denn, daß er die Zahlung nicht gemäß §. 219 Abs. 4 Satz 2, sondern auf Grund eines Kaufes gemäß §. 220 Abs. 3 (wobei der Gegenwert auch für die bereits verfallenen Einzahlungen zu gewähren) leistet. Der Ausfall steht erst fest, wenn nicht nur der Rückgriff auf die Vormänner genommen (§. 220 Abs. 1, 2), sondern nötigenfalls das Anteilrecht auch verkauft (§. 220 Abs. 3) ist (Ring Art. 184a Anm. 4, Staub Art. 184a §. 7; dagegen Rudorff zu §. 219 Abs. 4 wegen des „kann" in §. 220 Abs. 3). Auch gegenüber dem Ausgeschlossenen ist wohl die in §. 220 Abs. 1 Satz 2 aufgestellte Vermutung entsprechend anwendbar. — Über die Voraussetzungen einer Haftung der Gründer für den durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs entstehenden Ausfall vgl. §. 202 Anm. IIc.

§. 220.

Rückgriff gegen Rechtsvorgänger; Verkauf des Anteilrechts.

Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür der Gesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche verzeichnete Rechtsvorgänger verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Dies wird vermuthet, wenn von dem letzteren die Zahlung nicht bis zum Ablaufe von einem Monate geleistet wird, nachdem an ihn die Zahlungsaufforderung und an den Rechtsvorgänger die Benachrichtigung von dieser erfolgt ist. Der Rechtsvorgänger erhält gegen Zahlung des rückständigen Betrags die neu auszugebende Urkunde.

Die Haftpflicht des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von zwei Jahren auf die Aktien eingeforderten Beträge beschränkt. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Uebertragung des Antheilsrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft angemeldet wird.

Ist die Zahlung des rückständigen Betrags von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft das Antheilsrecht zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

A.D.H. Art. 184b Abs. 1, 2, 4 (219 Abs. 2). **Entw. I** §. 204. **Entw. II** §. 218.

§. 220.

I. **Pflicht zur Geltendmachung der Rechte aus §. 220?** Der §. 220 enthält keine Bestimmung, wonach die Gesellschaft zur Eintreibung der Zahlung von den Rechtsvorgängern oder zum Verkauf des Anteilrechts verpflichtet wäre. Bezüglich des Verkaufs des Anteilrechts ist in §. 220 Abs. 3 das Gegenteil ausdrücklich bestimmt („kann"). Nach herrschender Meinung soll eine Pflicht zur Inanspruchnahme der Rechtsvorgänger daraus folgen, daß §. 219 Abs. 4 lautet, die neue Urkunde sei „auszugeben" (Ring Art. 184a Anm. 4, Staub Art. 184a §. 6), ferner daraus, daß anderenfalls eine unzulässige Herabsetzung des Grundkapitals vorliegen würde (M. 85, Ring Art. 184b Anm. 4, Staub Art. 184a §. 6, Rudorff zu §. 219 Abs. 4). Der erstere Grund ist nicht stichhaltig; denn in gewissen Fällen ist auch nach Meinung der Gegner die Gesellschaft nicht zum „Ausgeben" verpflichtet; so wenn kein Rechtsvorgänger oder kein zahlungsfähiger Rechtsvorgänger vorhanden ist, denn eine Verpflichtung zum Verkauf besteht jedenfalls nicht; ferner würde immer bis zur thatsächlichen Ausgabe eine Zeit verlaufen, während welcher eben nicht „ausgegeben" ist. Auch der zweite angegebene Grund müßte zur Annahme einer Pflicht auch zum Verkauf führen, die jedoch — wie Ring Art. 184b Anm. 4 zugiebt — trotzdem nicht besteht. Es ist aber überhaupt nicht anzuerkennen, daß in der Nichtausgabe der neuen Urkunde eine Herabsetzung des Grundkapitals liegt. (Die gegenteilige Annahme beruht wohl auf dem früheren Mißverständnis über den Begriff „Grundkapital", §. 178 Anm. IIa.) Das bisherige Anteilrecht besteht, auch nachdem der bisherige Berechtigte desselben verlustig erklärt ist, in der Hand der Gesellschaft fort (§. 219 Anm. IV). Es tritt — wie bei jedem Erwerb eines eigenen Anteilrechts durch die Gesellschaft — ein ähnliches Verhältnis ein wie das bei einer Eigentümerhypothek vorliegende. Auch während das Anteilrecht in der Hand der Gesellschaft ist, muß das Grundkapital zu vollem Betrage in die Bilanz aufgenommen werden. Viel eher als an das Vorliegen einer Herabsetzung des Grundkapitals könnte man daran denken, daß ein Verstoß gegen §. 226 oder §. 227 vorliege. Aber die Voraussetzungen auch keines dieser beiden Paragraphen sind hier gegeben. Auch ist garnicht einzusehen, warum die Gesellschaft zur Ausübung des Rückgriffs verpflichtet sein sollte; dem Ausgeschlossenen wird man keinen Anspruch hierauf einräumen wollen, denn er ist durch §. 219 Abs. 4 genügend geschützt. Die Gesellschaftsgläubiger aber werden durch Nichtausübung des Rückgriffs nicht stärker geschädigt, als durch Nichtvorgehen gegen den nichtzahlenden Aktionär und Nichteinleitung des Verlustigerklärungs-Verfahrens. In beiden letzteren Beziehungen ist aber die Gesellschaft ihren Gläubigern gegenüber jedenfalls nicht zum Vorgehen verpflichtet. Ob ein Sonderrecht des zahlenden Aktionärs besteht, daß die Einziehung auch gegenüber anderen Aktionären erfolge, ist hier nicht zu erörtern und jedenfalls nicht verschieden bezüglich des Vorgehens gegenüber dem jeweiligen Aktionär und des Vorgehens gegenüber dessen Rechtsvorgängern zu entscheiden. Darüber, ob der Rechtsvorgänger, der zur Zahlung bereit ist, ein Recht auf Entgegennahme der Zahlung unter Aushändigung des Mitgliedscheins hat, vgl. unten Anm. IId. Ob endlich die Gesellschaftsbehörden (Vorstand, Aufsichtsrat) gegenüber der Gesellschaft und deren Gläubigern zur Ausübung des Rückgriffs verpflichtet sind, wird im Einzelfall verschieden zu beurteilen, in der Regel allerdings zu bejahen sein. In dieser Beziehung sind aber lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§. 241, 249 maßgebend, und die Pflicht zum Rückgriff ist keine größere als die Pflicht zur Verfolgung des ursprünglichen Aktionärs und zum Verkauf des Anteilrechts.

II. **Haftung der Rechtsvorgänger.**

a. **Voraussetzung** ist Nichtzahlung des eingeforderten Betrages seitens des ausgeschlossenen Aktionärs. „Nichtzahlung": auch soweit der Ausgeschlossene nach Ausschluß noch freiwillig zahlt, verringert er die Haftung der Rechtsvorgänger (§. 220) und seine eigene (§. 219 Anm. V). „Eingeforderter Betrag": eine Nichtzahlung der Nebenschulden giebt nicht das Recht zum Rückgriff (§. 218 Anm. Vb); die Rechtsvorgänger haften nur auf Zahlung des auf den Ausgabebetrag des Grundkapitalanteils zu leistenden Barbetrages (§. 218 Anm. I), soweit er eingefordert (§. 218 Anm. II) und nicht von einem Nachmann gezahlt ist; sie haften insbesondere nicht für die Kosten des Verlustigerklärungs-Verfahrens (K.B. 17). „Ausgeschlossener Aktionär": eine ordnungsmäßige Verlustigerklärung (§. 219 Anm. III) muß vorhergegangen sein.

b. **Haftende Rechtsvorgänger** sind nur diejenigen, welche im Aktienbuche verzeichnet sind. Die Zwischenmänner, welche z. B. auf Grund von Blankoindossamenten erworben hatten, ohne ihre Eintragung im Aktienbuch herbeizuführen, können nicht herangezogen werden.

c. **Staffel-Rückgriff.** Die Gesellschaft kann, wenn der letzte Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen zahlungsfähig ist, in erster Reihe nur ihn in Anspruch nehmen. Jeder frühere Rechtsvorgänger haftet nur ergänzend, soweit von dem Nachmann Zahlung nicht zu erlangen ist. Die Gesellschaft kann hiernach zwar den früheren Rechtsvorgänger unmittelbar in Anspruch nehmen, muß dann aber behaupten und beweisen, daß von seinen Nachmännern Zahlung nicht zu erlangen ist. Zur Führung dieses Beweises bedarf es nicht notwendig der Klage und fruchtloser Vollstreckung (vgl. §. 202 Anm. IIc). Die Beweislast wird umgekehrt (§. 220 Abs. 1 Satz 2), wenn die Gesellschaft den ihr zunächst Haftenden zur Zahlung auffordert, seinen Rechtsvorgänger hiervon benachrichtigt, und wenn dann Zahlung binnen einem Monat nicht eingeht.

d. **Aushändigung des neuen Mitgliedscheins.** Vgl. §. 219 Anm. IV. Derjenige Rechtsvorgänger, welcher den eingeforderten und nicht gezahlten Betrag entrichtet, hat Anspruch auf Aushändigung der neuen Urkunde Zug um Zug gegen Zahlung (§. 220 Abs. 1 Satz 3). Zahlen verschiedene Rechtsvorgänger nur je Teile des rückständigen Betrages, so ist ihnen, wenn die Zahlung gleichzeitig erfolgt, gemeinsam die Urkunde auszuhändigen; wenn dagegen die Zahlungen nach einander erfolgen, nur demjenigen, welcher den letzten Rückstand zahlt. Der in erster Reihe Zahlungspflichtige hat seinerseits — selbst wenn die Gesellschaft nicht gegen ihn Rückgriff nehmen will — Anspruch darauf, daß die Gesellschaft ihm den Mitgliedschein gegen Zahlung des Rückstandes aushändigt (Staub Art. 184b §. 7, Ring Art. 184b Anm. 2, Rudorff zu §. 220 Abs. 1; dagegen Behrend §. 120 bei Anm. 28). Man wird wohl anzunehmen haben, daß durch Satzungsbestimmung dieser Anspruch des Rechtsvorgängers ausgeschlossen und der Gesellschaft ein Recht zu freiem Verkauf nach Verlustigerklärung eingeräumt werden kann (vgl. §. 218 Abs. 2).

e. **Zeitgrenze.** §. 220 Abs. 2. Die Haftung besteht nur bezüglich der innerhalb zwei Jahren eingeforderten Beträge. Unter „Einforderung" ist die Einforderung des §. 218, nicht etwa die an den Rechtsvorgänger gerichtete Zahlungsaufforderung verstanden. Ist innerhalb jener Frist eingefordert, so beginnt nunmehr die gewöhnliche Verjährungsfrist. Jene zweijährige Frist beginnt mit dem Tage (B.G. §. 187 Abs. 2), an welchem die Übertragung des Anteilrechts zum Aktienbuch angemeldet wird. Wann die Eintragung im Aktienbuch erfolgt, ist unerheblich.

f. **Rückgriff des Zahlenden gegenüber seinen Nachmännern.** Ob ein Recht zu solchem Rückgriff besteht, ist im Einzelfall auf Grund des zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsverhältnisses zu entscheiden; in der Regel wird es vorhanden sein (vgl. auch R.G. III, 164, R.O.H. XXII, 216).

III. **Verkauf des Anteilrechts.** Der Verkauf darf nur erfolgen, wenn die Zahlung des rückständigen Betrages nicht von den Rechtsvorgängern zu erlangen ist. Über die Beweislast bezüglich dieser Voraussetzung vgl. oben Anm. II c. Ob die Gesellschaft zum Verkauf schreiten will, steht in ihrem Belieben (§. 220 Abs. 3: „kann"; vgl. oben Anm. I). Der Verkauf ist keine „Ausgabe" im Sinn des §. 184, ist daher auch zu einem den „Ausgabebetrag" (§. 184 Anm. I) nicht erreichenden Preise zulässig. Auch der ausgeschlossene Aktionär kann Käufer sein. Öffentliche Versteigerung ist die durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich erfolgende (B.G. §. 383 Abs. 3).

IV. **Wirkung der Zahlung des Rechtsvorgängers oder des Verkaufs auf die Haftung der bisher Verpflichteten.** Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach in diesen Fällen die Haftung der bisher Verpflichteten für die Zukunft erlischt. Ein Erlöschen nehmen an Staub Art. 184b §. 6, Ring Art. 184b Anm. 5, Behrend §. 120 Anm. 24, Rudorff zu §. 220 Abs. 1, für den Fall des Verkaufs auch M. 85. Eine solche Befreiung würde dem Grundsatz, welcher zu der Bestimmung in §. 221 Satz 1 geführt hat, widersprechen. Sie ist nicht etwa geboten dadurch, daß infolge der Verlustigerklärung die Gesellschaft als Zwischenmann eintritt, denn (oben Anm. I) hierdurch tritt nicht etwa der Untergang des früheren und die Schaffung eines neuen Anteilrechts ein. Waren daher Anteilberechtigte nach einander z. B. A., B., C., D., ist wegen Nichtzahlung einer Rate D ausgeschlossen, und hat, da C. zahlungsunfähig, B. gegen Aushändigung des Mitgliedscheins (oben Anm. II d) die Rate bezahlt (bezw. ist das Anteilrecht an Z. verkauft), so ist nunmehr B. (bezw. Z.) Aktionär. Veräußert B. (bezw. Z.) z. B. weiter an E., wird nunmehr eine weitere Rate eingefordert und wegen Nichtzahlung E. ausgeschlossen, so hat die A.G. sich zunächst an B. (bezw. Z.) zu halten. Ist dieser zahlungsunfähig, so kann die A.G. sich nur an sich selbst als Vormann halten, wenn sie zahlungsfähig ist. Ist aber auch sie zahlungsunfähig, so steht nichts im Wege, nunmehr auch nacheinander C., B., A. und auf den Ausfall bei Verkauf E. und dann D. in Anspruch zu nehmen. Durch das Dazwischentreten der A.G. waren A., B., C. (und D.; §. 219 Abs. 4 Satz 2) nicht frei geworden.

§. 221.

Erlaß. Aufrechnung.

Die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger können von den in den §§. 211, 220 bezeichneten Leistungen nicht befreit werden. Sie können gegen diese Leistungen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen.

A.D.H. Art. 184a Abs. 3, 184b Abs. 3, 184c (219 Abs. 2). **Entw. I** §. 205. **Entw. II** §. 219.

§. 221.

I. **Die in §§. 211, 220 bezeichneten Leistungen.** Durch die Bezugnahme auf §. 211 ist die Verpflichtung zur Leistung der „Kapitaleinlage" nicht nur seitens des ursprünglichen, sondern auch des jeweiligen Aktionärs getroffen (Denkschr. 135).

Hierzu gehört auch eine Leistung auf Grund der Ausfallshaftung seitens des gemäß §. 219 ausgeschlossenen Aktionärs (§. 219 Anm. V). — Die Beschränkung des §. 221 erstreckt sich nicht auf die wiederkehrenden Leistungen (und Vertragsstrafen) des §. 212, ebensowenig auf etwaige andere Mitgliedschaftspflichten (§. 212 Anm. III), ferner nicht auf Zinsen, Vertragsstrafen, Schadensersatz auf Grund der Bestimmungen in §. 218 (Denkschr. 135). Auch Satz 2 §. 221 weist durch die Worte „diese Leistungen" auf dieselben Grenzen des Verbots zurück (vgl. Denkschr. 135).

II. **Befreiungsverbot.** Eine gegen dieses Verbot verstoßende Willenserklärung ist nichtig („können"; B.G. §. 134). Da das Verbot auf öffentlichem Recht beruht, so ist auch eine entgegenstehende Satzungsbestimmung unwirksam. Unwirksam ist auch die Übernahme einer Verpflichtung seitens der Gesellschaft auf Befreiung des Aktionärs (R.G. II, 41). Unerheblich ist, ob das zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär eingegangene Rechtsgeschäft die Verpflichtung zu jener Befreiung zum Gegenstande hat oder diese Befreiung nur als Wirkung eintritt, und ob diese Wirkung unmittelbar oder nur für den Fall bestimmter Handlungen oder Unterlassungen der Gesellschaft eintreten kann (R.G. II, 41); in letzterem Fall kann allerdings die Nichtigkeit sich auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränken (B.G. §. 139). Eine Befreiung des Grundkapitalanteil-Übernehmers (§. 211 Anm. Ia) tritt daher auch dann nicht ein, wenn die Gesellschaft von dem Aktionär zu seinem Verkaufskommissionär bezüglich der gezeichneten Grundkapitalanteile bestellt ist und die Kommission durch Selbsteintritt ausführt (R.G. II, 41); aus dem letzteren Geschäft können allerdings Ansprüche des Grundkapitalanteil-Übernehmers entstehen; dieselben sind aber nicht aufrechenbar gegen die „Kapitaleinlage". Der Grundkapitalanteil-Übernehmer braucht seinerseits in der Regel nicht anders als gegen Aushändigung des Mitgliedscheins zu leisten (§. 179 Anm. II a, §. 220 Anm. II d). Setzt nun die A.G. sich außer Stand, den Mitgliedschein zu gewähren, so fällt damit auch die Pflicht zur Leistung der Kapitaleinlage fort. Ein solches Außerstandsetzen liegt z. B. darin, daß die A.G. die (giltig ausgestellten; vgl. §. 219 Anm. IV) Inhaberaktien, statt sie dem ursprünglichen Grundkapitalanteil-Übernehmer auszuhändigen, anderweit in eigenem Nutzen an Gutgläubige verkauft (die Vertreter können strafbar nach §. 312 sein); ebenso wenn die verkauften Mitgliedscheine zwar auf Namen lauteten, aber durch Indossament übertragen wurden; anders wenn die Übertragung der Namenmitgliedscheine in anderer Weise erfolgt ist (dagegen wohl R.O.H. XIX, 234), weil in letzterem Falle der Erwerber trotz guten Glaubens kein Recht erwirbt (§. 222 Anm. IV a). — Zulässig ist die Befreiung, wenn sie unter Beobachtung der Formen einer Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt (§§. 288 Abs. 2, 289 Abs. 4 Satz 2). — Eine Befreiung kann unter Umständen ohne Zuthun der Gesellschaft eintreten; z. B. durch Zwangsvergleich im Konkurse des Aktionärs (R.O.H. XXV, 294, R.G. II, 265) oder durch Tod des Aktionärs bei Überschuldung des Nachlasses und beschränkter Haftung der Erben K.B. 71).

III. **Aufrechnungsverbot.** Keine verbotene Aufrechnung, sondern eine Nichtbareinlage liegt in einer unter Beachtung der Formen der §§. 186, 279 erfolgenden Vereinbarung, wonach die von der A.G. für Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährende Vergütung auf die Bareinlage anzurechnen ist (§. 186 Anm. II b). Eine unzulässige Aufrechnung liegt auch in einer versuchten Umgehung des Verbots durch Einschiebung einer Zwischenperson (R.G. XLI, 125). Das Verbot wird von der herrschenden Meinung als dahin beschränkt verstanden, daß nur die einseitige Aufrechnung, nicht aber ein nach Fälligkeit der Gegenforderung des Aktionärs von diesem mit der A.G. geschlossener Aufrechnungsvertrag unzulässig sei (Bolze Bd. 23

S. 308, Staub Art. 184c §. 1, Ring Art. 184c Anm. 1, M 86, Begründung zu §. 19 Ges. betr. G. m. b. H.; vgl. für das Recht vor 1884: R.G. XVIII, 5, auch R.G. XIX, 127). Eine so beschränkende Auslegung bietet indessen eine Handhabe für die Umgehung eines großen Teils der Sicherungsvorschriften über Gründung bei Nichtbareinlage. Denn auf diese Weise kann sofort nach Errichtung die Gesellschaft Vermögensgegenstände im Wege der Nachgründung (also nur unter Haftung der Beteiligten für bösliche Schädigung, §. 208 Anm. III) übernehmen und gegen die hierdurch begründete fällige Forderung des Überlassers die noch ausstehenden drei Viertel der von ihm geschuldeten Bareinlage aufrechnen. Die Beschränkung auf eine einseitige Aufrechnung ist auch aus dem Wortlaut des §. 221 nicht zu entnehmen. Der §. 221 Abs. 2 ist fast wörtlich in §. 19 Abs. 2 Ges. betr. G. m. b. H. wiederholt („Eine Aufrechnung können die Gesellschafter nicht geltend machen"); daß aber an letzterer Stelle auch ein Aufrechnungsvertrag bei fälliger Gegenforderung eingeschlossen sein sollte, ist anerkannt (R.G. XLI, 124). Aber selbst wenn man §. 221 Satz 2 auf die einseitige Aufrechnung beschränken wollte, so greift doch §. 221 Satz 1 durch, denn eine „Befreiung" liegt auch in einer Befreiung durch Aufrechnungsvertrag, zumal in einem solchen Vertrag zugleich ein Verzicht auf etwaige, der Forderung des Aktionärs entgegenstehende Einwendungen liegt. — Auch nach R.G. XVIII, 5 ist der Aufrechnungsvertrag nach Fälligkeit der Gegenforderung nur zulässig, „sofern nicht der Aktionär entsprechend dem derzeitigen Stande der Verhältnisse der Gesellschaft weiß oder wissen muß, daß er sich hierdurch zum Nachteil der anderen Gesellschaftsgläubiger decke, und weiter vorbehaltlich eines Anfechtungsrechtes gemäß der Konkursordnung."

IV. **Kein Zurückbehaltungsrecht.** Der Art. 184c Satz 2: „Ebensowenig findet an dem Gegenstande einer zu leistenden Einlage wegen Forderungen, welche sich nicht auf dieselbe beziehen, ein Zurückbehaltungsrecht statt" ist im H.G.B. nicht wiederholt, weil B.G. §. 273 ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt nur für Ansprüche anerkennt, die auf demselben rechtlichen Verhältnis wie die Verpflichtung des Schuldners beruhen, und weil das weitergehende kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§. 369 ff.) hier nicht in Frage kommt (Denkschr. 135).

§. 222.

Namenaktien: Eintragung im Aktienbuch, Übertragung.

Auf Namen lautende Aktien sind mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen.

Sie können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Zustimmung der Gesellschaft auf Andere übertragen werden.

Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und in Betreff seiner Verpflichtung zur Herausgabe finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, des Artikels 36 Satz 1 bis 4 und des Artikels 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Zur Uebertragung von Aktien, die gemäß §. 180 Abs. 3 auf einen Betrag von weniger als eintausend Mark gestellt sind, ist die Zustimmung des Aufsichtsraths und der Generalversammlung erforderlich. Die Uebertragung dieser Aktien

kann nur mittelst einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen.

A.D.H. Art. 182 (220). **Entw. I** §. 206. **Entw. II** §. 220.

§. 222.

I. **Namenaktien.** Die §§. 222, 223 treffen nur über Namenaktien Bestimmung. Für Inhaberaktien enthält das H.G.B. keine ausdrückliche Bestimmung über die Übertragung und die Führung des Berechtigungsnachweises gegenüber der Gesellschaft. Für sie sind die hierfür maßgebenden Regeln aus den allgemeinen Grundsätzen über Inhaberpapiere herzuleiten; insbesondere sind die (nur von Schuldverschreibungen auf den Inhaber handelnden) §§. 793—808 B.G. (und Einf.Ges. z. B.G. Art. 174—178) insoweit entsprechend anwendbar, als in ihnen Bestimmungen enthalten sind, welche aus dem Wesen der Inhaberpapiere überhaupt folgen (Denkschr. 137, K.B. 70; vgl. unten Bd. III). Über Erwerb eines Anteilrechts in eigenem Namen für fremde Rechnung vgl. §. 182 Anm. IIb.

II. **Eintragung im Aktienbuch.**

a. **Verhältnis des §. 222 zu §. 223.** Der §. 222 Abs. 1 betrifft die erstmalige Eintragung bei Namenaktien (ebenso Rudorff zu §. 222 Abs. 1), der §. 223 Abs. 1 die Eintragung des Überganges. Der §. 223 Abs. 3 ist nur auf die Zeit nach erfolgter Eintragung anwendbar, denn das erstmalige Entstehen des Anteilrechts im Verhältnis zur Gesellschaft ist nicht durch die Eintragung im Aktienbuch bedingt. Der §. 222 Abs. 1, trotz seiner strengen Fassung, hat daher nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift. Nachdem einmal eine Eintragung im Aktienbuch erfolgt ist, auch eine erstmalige (§. 222 Abs. 1), ist §. 223 Abs. 3 sofort anwendbar. — Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben, so sind §§. 222—224 nicht anwendbar (vgl. §. 223 Anm. Ic); auch dann liegt jedoch in einer durch die Gesellschaft etwa bewirkten Eintragung einer Person als Aktionär in ein Aktienbuch ein Anerkenntnis der Gesellschaft, daß zur Zeit der Eintragung der Eingetragene sich als Aktionär ausgewiesen habe (R.G. XXXIV, 117).

b. **Inhalt der Eintragung.** Einzutragen sind Namen (= Vor- und Familiennamen, §. 162 Anm. I), Stand und Wohnort „des Inhabers", d. h. des bei der ersten (oben Anm. IIa) Ausgabe von Mitgliedscheinen bezw. bei Umtausch des Interimsscheins gegen die Namenaktie Anteilberechtigten.

c. **Aktienbuch.** Vgl. Lehmann, Recht der A.Gen. I, 210. Als Aktienbuch wurde auch ein „Aktien-Empfangsbescheinigungsbuch" angesehen, in welchem die Interimsscheine nach ihren Nummern in der Reihenfolge und bei jedem Interimsschein der Inhaber nach Namen, Stand und Wohnort aufgeführt war, in welchem aber außerdem je bei den die einzelnen Interimsscheine betreffenden Einträgen die als Inhaber aufgeführten Personen über den Empfang quittiert hatten (R.G. XLI, 19). Das Aktienbuch ist kein Handelsbuch (Staub Art. 182 §. 1, dahingestellt R.G. XLI, 19), denn nur ein Buch, welches den in §. 38 Abs. 1 genannten Zwecken dient, scheint in §§. 43 ff. unter jener Bezeichnung verstanden zu sein; es gehört aber zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" des §. 43 (Staub a. a. O., Rudorff zu §. 222 Einl., Lehmann a. a. O.).

III. **Übertragbarkeit.** Vgl. §. 179 Anm. IIc. Die Übertragbarkeit der Namenaktie ist eine gleich freie wie diejenige der Inhaberaktie; nur die Form der Übertragung ist eine andere. Bei Namenaktien kann jedoch durch Satzungsbestimmung die Übertragbarkeit beschränkt werden (§. 179 Anm. IIc 2).

IV. Übertragung von Namenaktien, deren Übertragung nicht an Zustimmung der Gesellschaft gebunden.

a. Übertragungsform. Der §. 222 Abs. 3 Satz 1 hebt hervor, die Übertragung könne durch Indossament (unten Anm. IV b) geschehen. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß sie auch in anderer Weise geschehen kann. In welcher Weise, ist sehr zweifelhaft. Herrschende Meinung ist, daß eine Übertragung in Form einer Abtretung (vgl. §. 105 Anm. If 2) zulässig sei. So auch R.G. v. 4. Novbr. 1895 J.W. 1896 S. 6: „Der Mangel eines Indossaments oder einer Abtretung ist nicht ein Formmangel des Veräußerungsgeschäfts, sondern der Mangel eines absolut notwendigen Erfordernisses des Eigentumserwerbs." Vgl. auch §. 223 Abs. 2: „Abtretungserklärungen", wobei indessen zweifelhaft, ob mit diesem Wort nur auf den Sonderfall des §. 222 Abs. 4 Bezug genommen ist. (Für den Fall des Wechsels vgl. R.O.H. XI, 253, XIX, 328; für den Fall des Checks vgl. R.G. XLI, 4). In unvereinbarem Gegensatz mit jener Ansicht stehen andere Entscheidungen, in welchen gesagt ist, daß für die Übertragung von Namenaktien (oder allgemein von Aktien, ohne Unterschied, ob auf Namen oder Inhaber) die Regeln über Eigentumserwerb an beweglichen Sachen maßgebend sind (R.O.H. XIX, 233, R.G. XXI, 157, XXVII, 53), und welche auch die Namenaktie für den „Träger der Forderung" erklären (§. 179 Anm. IV b). Ist die Abtretung wirksam, so kann bei einem Widerstreit zwischen dem durch Abtretung des Anteilrechts und dem durch Übergabe der Aktie nach Eigentumsübertragungs-Einigung Berechtigten der erstere von dem zweiten die Herausgabe der Aktie fordern. Ist dagegen die sachenrechtliche Übertragung wirksam (was nach Denkschr. 227 zutreffend wäre, wenn, wie Denkschr. 10 durch Bezugnahme z. B. auf Art. 271 Ziff. 1 A.D.H. feststellt, Aktien jeder Art „Wertpapiere" sind; vgl. §. 179 Anm. IV b), so kann umgekehrt der zweite von dem ersten die Abgabe der Erklärungen fordern, welche etwa für den gegenüber der Gesellschaft zu führenden Berechtigungsnachweis erforderlich sind. (Für den Fall des Indossaments liegt in der Bezugnahme auf Art. 74 W.O. eine Sonderbestimmung vor; vgl. auch §. 364). In jenem ersten Fall ist die Namenaktie Zubehör des Anteilrechts, in letzterem Fall ist das Anteilrecht Zubehör der Namenaktie. Im zweiten Fall kommt eine etwa vorhandene Abtretung überhaupt nicht als solche, sondern nur insoweit in Betracht, als in ihr eine Einigung über Übertragung des Eigentums an der Aktie liegt; es läßt sich daher auch nicht etwa die Ansicht aufstellen, daß sowohl eine Übertragung durch Abtretung, wie auch eine Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen zulässig sei; eins schließt vielmehr das andere aus. — Bei diesem Widerstreit wird wohl der ersteren Ansicht der Vorzug zu geben sein, wonach eine Übertragung des durch die Namenaktie verbrieften Anteilrechts außer durch Indossament nur durch Abtretung und nicht auch durch sachenrechtliche Übertragung der Namenaktie zulässig ist. (Allerdings scheidet sich dann in dieser grundlegenden Beziehung die Namenaktie von der Inhaberaktie. Über eine Abschwächung des Unterschieds im Verhältnis zur Gesellschaft vgl. §. 223 Anm. I c.) Das B.G. regelt die Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen ausdrücklich nur bei Sachen. Nebenher allerdings wird auch eine sachenrechtliche Übertragung von Inhaberpapieren erwähnt (bei Pfandrecht ausdrücklich, §. 1293), wobei nach dem Zusammenhang (insbesondere bei Erwähnung der Rechte gutgläubiger Erwerber) nicht nur die Übertragung des Stückes Papier, sondern auch die Übertragung des durch das Inhaberpapier verbrieften Rechts gemeint sein muß. Eine entsprechende Erwähnung der sachenrechtlichen Übertragung von Namenpapieren und des durch sie verbrieften Rechts findet sich

nicht. Daher wird man annehmen müssen, daß in dieser Beziehung keine Ausnahme von der Regel (B.G. §§. 398, 413) gilt, daß Rechte nur durch Abtretung übertragen werden können. Nichts Sicheres kann gefolgert werden aus B.G. §. 952:

„Das Eigentum an dem über die Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.

Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe."

Denn der Abs. 2 findet jedenfalls nicht auf alle derartige Urkunden Anwendung, z. B. nicht auf Inhaberpapiere (B.G. §. 935 Abs. 2 u. a.) oder indossirte Namenaktien (H.G.B. §. 222 Abs. 3, W.O. Art. 74); und streitig ist (für Bejahung Eck, Vorträge; für Verneinung Düringer-Hachenburg H.G.B. §. 1 Anm. VI 3), ob auf der Grundlage des B.G. die in Abs. 2 als Beispiele ausdrücklich genannten Arten von Papieren als „Wertpapiere" bezeichnet werden können. — Fälle, in denen die hier erörterte Frage für die Entscheidung in Betracht kommt, vgl. z. B. in §. 219 Anm. IV, §. 221 Anm. II. — Die Bestellung eines Pfandrechts kann, wenn die vorstehend entwickelte Ansicht zutreffend ist, wahlweise gemäß B.G. §§. 1280ff. oder §. 1292 erfolgen. Über die nach bisherigem Recht gegenüber der Gesellschaft eintretende Wirkung bei einer Verpfändung von Namenaktien, wenn Dividendenscheine nicht ausgegeben, vgl. R.G. v. 25. November 1898, J.W. 1899 S. 7. — Die Denkschr. 136 bemerkt: nach bisherigem Recht entbehre der gutgläubige Erwerber einer dem Veräußerer nicht gehörenden Namenaktie des Schutzes (vgl. R.G. XXII, 185); diese Lücke sei nunmehr durch Bezugnahme auf Art. 36, 74 W.O. ergänzt. Hieraus geht zunächst hervor, daß die Denkschr. an dieser Stelle (anders Denkschr. 227) nicht die sachenrechtlichen Grundsätze der Übertragung für anwendbar erachtet. Dann ist aber unzutreffend, daß die Lücke jetzt nicht mehr bestehe; sie ist für den Fall der Übertragung durch Indossament ausgefüllt; für den Fall der Übertragung durch Abtretung besteht sie nach wie vor.

b. **Indossament insbesondere.** Wird für die Übertragung die Form des Indossaments gewählt, so kommen betreffs der Form des Indossaments Art. 11—13 W.O., und (was im H.G.B. neu hinzugefügt, Denkschr. 136) bezüglich des Berechtigungsnachweises des Inhabers und seiner Verpflichtung zur Herausgabe Art. 36 Satz 1—4 und Art. 74 W.O. zu entsprechender Anwendung. Der hier nicht in Bezug genommene Art. 36 Satz 5 W.O. ist inhaltlich in §. 223 Abs. 2 aufgenommen. Die für entsprechend anwendbar erklärten Bestimmungen der Wechselordnung lauten:

Art. 11. „Das Indossament muß auf den Wechsel, eine Kopie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenes Blatt (Allonge) geschrieben werden."

Art. 12. „Ein Indossament ist giltig, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Kopie, oder auf die Allonge schreibt (Blanko-Indossament)."

Art. 13. „Jeder Inhaber eines Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanko-Indossamente auszufüllen; er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossieren."

Art. 36 Satz 1—4. „Der Inhaber eines indossierten Wechsels wird durch eine zusammenhängende bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Das erste Indossament muß dem-

nach mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benennt. Wenn auf ein Blanko-Indossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blanko-Indossament erworben hat. Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen."

Art. 74. „Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimierte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt."

V. **Übertragung von Namenaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden.** Vgl. §. 179 Anm. IIc.

a. **Regel.** Für die Übertragung auch dieser Aktien gelten keine schwereren Vorschriften als allgemein für die Übertragung von Namenaktien (oben Anm. IV); nur muß die Zustimmung der Gesellschaft, also im Zweifel die vom Vorstande namens der Gesellschaft zu erklärende Zustimmung (§. 179 Anm. IIc 2) hinzukommen. — Mangelt die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft, so wirkt eine sonst formgiltige Übertragung dennoch im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber in gewissem Umfange (R.G. XXVI, 88; dagegen R.G. XLI, 7), nämlich in demselben Umfange wie eine Übertragung des Anteils eines offenen Handelsgesellschafters ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter (§. 105 Anm. If 2, 3; vgl. O.L.G. Dresden v. 29. Oktober 1894 Z.f.H. Bd. 47 S. 111).

b. **Ausnahme: Kleinaktien gemäß §. 180 Abs. 3.** Die Tragweite des §. 222 Abs. 4 ist auf diese **Ausnahme** beschränkt; auch §. 222 Abs. 4 Satz 2 weist durch die Worte „dieser Aktien" auf das „Aktien von weniger als 1000 Mk." in Satz 1 zurück. Die Bezugnahme auf §. 180 Abs. 3 bezeichnet, daß die Erschwerung nicht für alle Arten von Kleinaktien, sondern nur für diejenigen, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, gelten soll. Die Erschwerung ist eine doppelte: die „Zustimmung der Gesellschaft" wird an sachlich erschwerende Voraussetzungen geknüpft, und die Übertragungsform ist eine erschwerte.

1. Zustimmung der Gesellschaft. Der §. 222 Abs. 4 Satz 1, zusammengehalten mit §. 180 Abs. 3, giebt zu dem Zweifel Anlaß, ob das, was an letzterer Stelle „Zustimmung der Gesellschaft" genannt ist, als „Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung" erläutert werden sollte, oder ob vielmehr der §. 222 Abs. 4 Satz 1 nur die im Inneren der Gesellschaft zu erfüllenden Voraussetzungen für die (nach allgemeiner Regel durch den Vorstand als Vertreter der Gesellschaft zu erklärende) Zustimmung der Gesellschaft angeben wollte. Der letzteren Auslegung ist der Vorzug zu geben (vgl. entsprechend §. 205 Anm. IVa, §. 207 Anm. IIb), denn für die Erteilung der Zustimmung ist eine Erklärung nach außen erforderlich, eine solche kann aber nicht in den (nicht öffentlichen) Beschlußfassungen seitens des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung gefunden werden. Der Wortlaut des §. 222 Abs. 4 Satz 1 steht nicht entgegen, denn die Zustimmung von Aufsichtsrat und Generalversammlung ist hier nur für „erforderlich", nicht für „genügend" erklärt. Ist Vorstehendes zutreffend, so ergeben sich nachstehende Folgerungen: Bis zur Abgabe der Erklärung seitens des Vorstandes können die Beschlüsse von Aufsichtsrat und Generalversammlung zurückgenommen werden. Nach außen wirkt die vom Vorstand erklärte Zustimmung der Gesellschaft, selbst wenn die inneren Voraussetzungen eines Aufsichtsrats- und

Generalversammlungsbeschlusses nicht vorhanden sind. Mithin wirkt selbst ohne Vorhandensein jener inneren Voraussetzungen insbesondere auch eine durch den Vorstand auf Antrag des Aktionärs (gemäß formell giltiger Übertragungshandlung; unten zu 2) erfolgte Eintragung des Überganges in das Aktienbuch (R.G. XLI, 17 gegen R.G. XLI, 9). Der Aktionär, falls er ein Recht auf Zustimmungserteilung hat, und Aufsichtsrat oder Generalversammlung die Zustimmung weigern, hat doch seine Klage nur gegen die „Gesellschaft vertreten durch den Vorstand" zu richten. — Über die Wirkung einer Übertragung bei mangelnder Zustimmung vgl. oben Anm. Va.

2. Übertragungsform. Zugelassen ist ausschließlich eine die Person des Erwerbers bezeichnende, gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung. Nicht zulässig ist mithin eine unbeglaubigte, nicht zulässig eine Blankoerklärung; zulässig jedoch ein die Person des Erwerbers bezeichnendes beglaubigtes Indossament (dagegen auf Grund der bisherigen etwas abweichenden Fassung R.G. XXXVI, 38, dagegen auch Denkschr. 138). Ist die Form nicht beobachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig (B.G. § 125), mithin nicht nur im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber wirkungslos, sondern auch im Verhältnis zu jedem Dritten, z. B. gegenüber der Gesellschaft (dagegen R.G. XLI, 17). Eine auf Grund einer derart nichtigen Übertragung erklärte Zustimmung der Gesellschaft (ausdrückliche oder stillschweigende durch Eintragung in das Aktienbuch) bleibt wirkungslos (R.G. XLI, 9; vgl. auch R.G. XIX, 194; dagegen R.G. XLI, 17), denn da das Anteilrecht des früheren Berechtigten nicht durch eine nichtige Übertragung verloren gegangen ist, so würde die Zubilligung eines Anteilrechts an den Erwerber auf die Schaffung eines neuen Anteilrechts hinauskommen (vgl. § 219 Anm. IV).

§. 223.

Aktienbuch; Anmeldung des Übergangs, Wirkung der Eintragung.

Geht eine auf Namen lautende Aktie auf einen Anderen über, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu vermerken.

Die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.

A.D.H. Art. 183 (220). **Entw. I** §. 207. **Entw. II** §. 221.

§. 223.

I. Anmeldung.

a. **Zur Anmeldung berechtigt** ist, da in §. 223 keine diesbezügliche Beschränkung enthalten, sowohl der bisher Berechtigte wie auch der neu Berechtigte. Der erstere jedoch nur im Falle eines Übertragungsvertrages, da die Eintragung den Erwerber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. — Nach Pfändung der Namenaktie kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht wohl auch zur Anmeldung zum Aktienbuch an Stelle des Schuldners ermächtigt werden (C.P.O. §. 822).

b. **Übergang** ist ein weiterer Begriff als „Übertragung" (§. 200 Anm. IIIa) und umfaßt namentlich auch den Fall des Erwerbes durch Erbanfall. Die Fassung des früheren Art. 183 Abs. 1 A.D.H: „Wenn das Eigentum der auf Namen lautenden Aktie.... übergeht" wurde in der Reichstagskommission in die jetzige Fassung geändert, ohne daß im K.B. 70 eine Begründung gegeben ist. Hierbei handelt es sich wohl lediglich um eine Fassungsänderung, vielleicht mit Rücksicht darauf, daß an einem durch Namenaktien verbrieften Anteilrecht kein „Eigentum" im Sinne des B.G. bestehen kann (§. 222 Anm. IVa). Sachliche Folgerungen über die Beschaffenheit des der Gesellschaft nachzuweisenden Überganges lassen sich aus jener Änderung wohl nicht (wie Esser Anm. 1 versucht) ableiten.

c. **Vorlegung der Aktie.** Durch die Bestimmung, daß die Aktie vorgelegt werden muß, wird die Wirksamkeit einer Abtretung ohne Übergabe dahin abgeschwächt, daß der Abtretungsempfänger sich erst in den Besitz der Urkunde setzen muß, ehe er gegenüber der Gesellschaft die Eintragung in das Aktienbuch fordern und mithin zur Ausübung des Anteilrechts gelangen kann. — Aus dieser Bestimmung ergiebt sich ferner, daß der §. 223 nicht anwendbar ist, solange Mitgliedscheine überhaupt nicht ausgegeben sind (R.G. XXXIV, 117, Johow XIV, 32, Bolze Bd. 10 Nr. 543).

d. **Nachweis des Überganges.** Für den Nachweis ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Insbesondere ist nicht etwa §. 12 entsprechend anwendbar. Ob der Übergang nur unter bestimmten Formen stattfinden kann (und mithin zum Nachweis desselben Urkunden vorgelegt werden müssen; vgl. R.G. XL, 83), ist nach den besonderen für die verschiedenen Fälle eines Überganges bestehenden Vorschriften zu entscheiden. Für einen Fall des Überganges, den Fall der Übertragung, enthält §. 222 die in Betracht kommenden Vorschriften.

II. **Prüfungspflicht der Gesellschaft.** Die Gesellschaft ist verpflichtet, die überreichten Urkunden oder die sonstigen Nachweise dahin zu prüfen, ob sie den erfolgten Übergang an den neu Einzutragenden darthun. Der §. 223 Abs. 2 enthält jedoch die (an W.O. Art. 36 Satz 5 sich anlehnende) Erleichterung, daß die Gesellschaft nicht die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen verpflichtet sei. Sie ist berechtigt, auch in diese Prüfung einzutreten (ebenso Esser Anm. 2), jedoch im Fall einer Übertragung durch Indossament nur mit der Maßgabe, welche sich durch die Bezugnahme auf W.O. Art. 36 Satz 1—4 in §. 222 Abs. 3 ergiebt. Die Erleichterung ist beschränkt auf die Prüfung der Echtheit; dagegen bleibt mit der vorstehenden Maßgabe die Gesellschaft verpflichtet z. B. zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Ausstellers, der Vertretungsmacht unterzeichnender Vertreter; ferner ist sie verpflichtet (Denkschr. 136) zur Prüfung des Zusammenhanges der Indossamente.

III. **Vermerk im Aktienbuch.** Für den Vermerk ist keine bestimmte Form vorgeschrieben; doch wird für den Inhalt des Vermerks §. 222 Abs. 1 entsprechend (§. 222 Anm. IIa) anzuwenden sein, ohne daß jedoch ein Verstoß Nichtigkeit zur Folge hat. Aktienbuch vgl. §. 222 Anm. IIc.

IV. **Wirkung des Verzeichnens im Aktienbuch.** §. 223 Abs. 3.

a. **„Im Verhältnis zur Gesellschaft."** Das Verzeichnen im Aktienbuch beeinflußt nur das Verhältnis zur Gesellschaft. Dies Verhältnis aber auch soweit es für Rechte Dritter in Betracht kommt (z. B. das Recht zu verlangen, daß der Nichteingetragene von der Teilnahme an Abstimmungen ausgeschlossen wird). Diese Redewendung ist daher weitertragend als etwa die Worte „der Gesellschaft gegenüber" (Rudorff zu §. 223 Abs. 3). Der Übergang an sich ist nicht durch die Eintragung bedingt. Insbesondere auch nicht der Übergang durch

Übertragung. Die Übertragung äußert vielmehr auch vor der Eintragung volle Wirkung im Verhältnis des Übertragenden zum Erwerber. Über den besonderen Fall, daß Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung erforderlich ist, vgl. §. 222 Anm. Va.

b. „**Gilt**", d. h. er ist als Aktionär anzusehen und mithin als solcher berechtigt und verpflichtet, selbst wenn er nicht Aktionär ist. (Abweichende Bedeutung von „gilt" vgl. in §. 210 Anm. III). Ein Gegenbeweis ist unzulässig. Daher ist unerheblich auch das Wissen der Gesellschaft vom Gegenteil, falls nur das „Verzeichnen" (unten Anm. IVe) ordnungsmäßig erfolgt ist.

c. „**Nur** derjenige". Da der §. 223 Abs. 3 auf jedes (auch erstmalig, §. 222 Anm. IIa) eingetragene Anteilrecht, über welches eine Namenaktie ausgegeben ist, und andererseits nur auf überhaupt eingetragene Anteilrechte anwendbar ist, da ferner die Anzahl der Anteilrechte begrenzt ist, und der Eingetragene jedenfalls als Aktionär gilt, so ist eigentlich selbstverständlich, daß nicht außerdem ein anderer als solcher gelten kann. Das „nur" dient daher nur zur größeren Verdeutlichung. — Wer die Namenaktie in Besitz hat, ist gleichgiltig für die Frage, wer Aktionär ist (R.G. III, 163, XXXVII, 115; für das innere Verhältnis des Erwerbers zum Veräußerer vgl. auch § 222 Anm. IVa). — Die Gesellschaft ist nicht bloß berechtigt, sondern verpflichtet, dem Nichteingetragenen die Ausübung der Mitgliederrechte zu verweigern (Denkschr. 136; dagegen nach bisherigem Recht R.O.H. XXIII, 100); dies auch wenn Vollzahlung bereits stattgefunden hat (Denkschr. 136). So kann z. B. die Teilnahme eines nicht eingetragenen Aktienbesitzers an der Generalversammlung zur Anfechtung der gefaßten Beschlüsse führen (Denkschr. 136). — Deshalb genügt zum Nachweis der Berechtigung zum Stimmen in der Generalversammlung nicht der Nachweis über den Besitz von Namenaktien, sondern nur der Nachweis über die Eintragung des Stimmenden im Aktienbuch (dagegen O.L.G. Dresden v. 27. Febr. 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 237).

d. „**Aktionär**". Die in §. 223 Abs. 3 aufgestellte unwiderlegbare Vermutung geht nur dahin, daß der Eingetragene und kein anderer der jetzige Aktionär ist. Sie erstreckt sich nicht auf die Frage, wer früher Aktionär war. Mithin ist für letztere Frage auch im Verhältnis zur Gesellschaft maßgebend, wem wirklich das Anteilrecht zustand, auch wenn dieser nicht im Aktienbuch eingetragen war (R.G. XLI, 16); für den Rückgriff enthält jedoch §. 220 Abs. 1 eine Sonderbestimmung. Die unwiderlegbare Vermutung des §. 223 Abs. 3 erstreckt sich aber ferner auch nicht darauf, daß der neu Eingetragene Rechtsnachfolger des früher Eingetragenen ist; durch die Eintragung wird er Aktionär aus eigenem Recht mit den Rechten und Pflichten, welche sich aus dem Anteilrecht an sich nach Gesetz und Satzung ergeben, aber ohne Rücksicht auf etwaige persönliche, von ihm nicht übernommene Rechte oder Pflichten des Rechtsvorgängers (dagegen wohl Cosack §. 117 II 2d), z. B. ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsvorgänger seine Eintragung seinerseits anfechten konnte (R.G. III, 163; vgl. B.G. §. 144 Abs. 1).

e. „**Verzeichnet**". Nur dasjenige Verzeichnen hat die in §. 223 Abs. 3 bestimmte Wirkung, welches ordnungsmäßig erfolgt ist. Die Gesellschaft kann sich nicht auf eine von ihr unberechtigter Weise bewirkte Eintragung berufen (Denkschr. 136). Insbesondere muß der Antrag eines zur Anmeldung Berechtigten (oben Anm. Ia) vorgelegen haben (Bolze Bd. 10 Nr. 543). Daß die Eintragung eine ordnungsmäßige war, ist, im Verhältnis der Gesellschaft zum Eingetragenen — bis zum Gegenbeweis — anzunehmen, wenn der Eingetragene von der erfolgten Eintragung Kenntnis hatte und nicht widersprach (R.G. III, 164; dagegen, wie

es scheint, Bolze Bd. 10 Nr. 543). Die Gesellschaft kann die Eintragung aus gleichen Gründen wie andere Rechtshandlungen anfechten, z. B. wegen Täuschung durch Vorlegung von Scheinabtretungen (B.G. §. 123; vgl. jedoch Staub Art. 183 § 1; dahingestellt R.G. XL, 83). Durch die (von den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft bewirkte) Eintragung wird nicht eine Nichtigkeit der Übertragungserklärung geheilt (§ 222 Anm. Vb 2), wohl aber eine etwa mangelnde Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung zur Übertragung unschädlich gemacht (§. 222 Anm. Vb 1).

§. 224.

Interimsscheine: Eintragung im Aktienbuch, Übergang.

Die Vorschriften der §§. 222, 223 finden auch auf die Eintragung der Interimsscheine und deren Uebergang auf Andere Anwendung.

A.D.H. Art. 220. **Entw. I** §. 208. **Entw. II** §. 222.

§. 224.

Interimsschein vgl. §. 179 Anm. V. Die Interimsscheine müssen stets auf Namen lauten. Die §§. 222, 223 sind daher auch auf diejenigen Interimsscheine anwendbar, welche als vorläufiger Ersatz demnächst einzutauschender Inhaberaktien ausgegeben sind (Johow XIV, 31).

§. 225.

Mitberechtigung an einer Aktie.

Steht eine Aktie mehreren Mitberechtigten zu, so können sie die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.

Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften sie als Gesammtschuldner.

Hat die Gesellschaft eine Willenserklärung dem Aktionär gegenüber abzugeben, so genügt, falls ein gemeinschaftlicher Vertreter der Mitberechtigten nicht vorhanden ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten. Auf mehrere Erben eines Aktionärs findet diese Vorschrift nur in Ansehung von Willenserklärungen Anwendung, die nach dem Ablauf eines Monats seit dem Anfalle der Erbschaft abgegeben werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 223.

§. 225.

I. **Mitberechtigung.** Wohl nur die Zulässigkeit einer Mitberechtigung, welche ohne Zuthun der neu Berechtigten geschaffen wird (z. B. durch Erbanfall, durch Vermischung von Inhaberaktien gemäß B.G. §. 948) ist hier vorausgesetzt. Die willkürliche Schaffung einer Mitberechtigung an Anteilrechten ist wohl — soweit das Verhältnis zur Gesellschaft in Betracht kommt — auch nach neuem Recht ausgeschlossen durch den in §. 179 Abs. 1 beibehaltenen Grundsatz der Unteilbarkeit der Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III b).

II. **Ausübung der Rechte.** §. 225 Abs. 1. Die auf dem Anteilrecht beruhenden Rechte sind durch einen gemeinschaftlichen Vertreter auszuüben (vgl. §. 146 Abs. 1 Satz 2). Auch einer der Mitberechtigten kann von den anderen hierzu bestellt werden. Solange ein gemeinschaftlicher Vertreter nicht bestellt ist, ruht die Ausübung des Anteilrechts.

III. **Haftung für Verbindlichkeiten.** §. 225 Abs. 2. Für die auf das Anteilrecht zu bewirkenden Leistungen haften alle Mitberechtigten als Gesamtschuldner (B.G. §§. 421 ff.). Als Ansicht der Reichstagskommission wurde festgestellt, daß, wenn ein Aktionär sterbe und mehrere Erben hinterlasse, diese als Gesamtschuldner haften, jedoch nur innerhalb der durch die Grundsätze des B.G. über die Haftung der Erben gezogenen Schranken (K.B. 71). Dies ist für zutreffend zu erachten. Machen jedoch die Erben von der Beschränkung ihrer Haftung gegenüber der Einforderung eines Teiles der „Kapitaleinlage" (§. 211 Anm. II) Gebrauch, so kann die Gesellschaft die Verlustigerklärung bewirken (§. 218 Anm. III). Und überhaupt ist die Beschränkung der Haftung nur bezüglich derjenigen Leistungen zuzugestehen, welche vor dem Erbanfall fällig geworden sind, denn für später fällig werdende Leistungen haftet der Erbe auf Grund seiner eigenen damals bestehenden Mitgliedschaft; durch eine gegenteilige Entscheidung würde das Recht der anderen Aktionäre auf gleiche Behandlung aller Mitglieder (§. 211 Anm. Ib) verletzt.

IV. **Abgabe von Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber den Mitberechtigten.** §. 225 Abs. 3. Ist ein gemeinsamer Vertreter bestellt, so ist eine ihm gegenüber (oder wohl auch eine nicht ihm, aber allen Mitberechtigten gegenüber) abgegebene Willenserklärung der Gesellschaft genügend. Ist kein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt, so genügt die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten (vgl. §. 125 Anm. IIIc). Beruht die Mitberechtigung auf gemeinsamer Beerbung, so muß jedoch während des ersten Monats nach Erbanfall (B.G. §§. 1942, 1953 Abs. 2, 2139) die Willenserklärung, wenn kein gemeinsamer Vertreter bestellt ist, gegenüber allen damaligen (B.G. §§. 1959 Abs. 3, 2100) Erben abgegeben werden.

§. 226.

Erwerb oder Pfandnahme eigener Mitgliedscheine.

Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen.

Eigene Interimsscheine kann sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Das Gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

A.D.H. Art. 215d Abs. 1. **Entw. I** §. 209. **Entw. II** §. 224.

§. 226.

I. **Erwerb oder Pfandnahme im regelmäßigen Geschäftsbetrieb.**

a. **Erwerb.** Hierunter ist wohl nicht sowohl die Erlangung des Eigentums, als vielmehr der auf den Eigentumserwerb zielende Erwerbsvertrag zu verstehen (vgl. unten Anm. Ib, §. 208 Anm. I; dagegen R.O.H. XXII, 193, Staub

Art. 215d §. 3), zumal bei Namenpapieren nicht immer der Erwerb des Eigentums am Papier entscheidet (§. 222 Anm. IV a). Kein Erwerbsvertrag liegt in einer Veräußerung von Mitgliedscheinen (Anteilrechten) seitens der Gesellschaft mit bedingter Rückkaufspflicht; deshalb ist die Rücknahme der Scheine bei Eintritt der Bedingung erlaubt (R.O.H. XVII, 386). (Anders bei nur betagtem gleichzeitigen Wiederkauf, d. h. einem Deportgeschäft; Staub Art. 215d §. 3, Ring Art. 215d Anm. 3, Behrend §. 137 Anm. 12, Esser Anm. 4). Ebensowenig in einer nach Veräußerung von Mitgliedscheinen seitens der Gesellschaft gewährten Stundung des Kaufpreises vor Übergabe der Mitgliedscheine. Wohl aber in einem nach Veräußerung der eigenen Aktien (wenn auch vor Eigentumsübertragung an den Käufer) abgeschlossenen Reportgeschäft (d. h. einem Kauf der Aktien unter gleichzeitigem neuem Verkauf auf Zeit); denn in diesem Wiederkauf liegt ein auf neuer Willenseinigung beruhendes Erwerbsgeschäft (Ring Art. 215d Anm. 3, Staub Art. 215d §. 3; dagegen R.O.H. XXII, 194; vgl. Behrend §. 137 Anm. 12). Auch ein Erwerb für den Reservefonds (M. 223) oder andere Nebenfonds der Gesellschaft (K.B. 71) ist unzulässig. — Soweit überhaupt der Erwerb erlaubt ist, besteht keine Pflicht, die Mitgliedscheine alsbald wieder zu veräußern (Staub Art. 215 §. 2). Das erworbene Anteilrecht besteht in der Hand der Gesellschaft fort; es tritt ein ähnliches Verhältnis ein wie bei der Eigentümerhypothek.

b. **Pfandnahme.** Hierunter ist nur eine vertragliche Verpfändung verstanden, nicht auch z. B. die Ausübung eines lediglich aus dem Gesetz, nicht aus einer vertragsmäßigen Bewilligung abgeleiteten Zurückbehaltungsrechts (M. 223, R.G. XXXVI, 38) oder Pfandrechts. Annahme einer von Gesellschaftsbeamten in Aktien der Gesellschaft gestellten Sicherheit ist zulässig, weil dies nicht im regelmäßigen Geschäftsbetrieb (Ring Art. 215d Anm. 7, Esser Anm. 3).

c. **Regelmäßiger Geschäftsbetrieb.** Vgl. §. 116 Anm. II b. Die Worte „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb" sind im Anschluß an Genossenschaftsges. §. 8 Abs. 4 („im regelmäßigen Geschäftsverkehr") gewählt statt der Worte „im geschäftlichen Betriebe" des bisherigen Art. 215d A.D.H. (Denkschr. 137). Nicht „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb" erfolgt ein Erwerb durch Schenkung oder im Wege der Zwangsvollstreckung (M. 223), durch Erbfall (Staub Art. 215d §. 2) oder durch Verlustigerklärung (§. 219 Anm. IV); auch nicht ein Erwerb behufs Ausführung eines Herabsetzungsbeschlusses (§. 288 Abs. 2, R.O.H. XVIII, 425; vgl. Esser Anm. 3, 6, Simon, Bilanzen S. 216).

II. **Verbot.** Das Verbot findet Anwendung auch auf neue Geschäfte älterer Gesellschaften (R.G. XXXVI, 37, R.G. v. 17. Febr. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 551).

a. **Bei vollgezahlten Aktien** (§. 226 Abs. 1) besteht nur eine Ordnungsvorschrift („soll") dahin, daß der Erwerb oder die Pfandnahme eigener Aktien unterbleiben soll, und auch von dieser Ordnungsvorschrift besteht noch die Ausnahme, daß ein Erwerb (oder eine Pfandnahme) in Ausführung einer Einkaufskommission zulässig sein soll. Erwerb und Pfandnahme, welche gegen das Verbot verstoßen, sind mithin trotzdem giltig (Bolze Bd. 8 Nr. 551); doch haften die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat für Schaden gemäß §. 241 Abs. 3 Ziff. 3, §. 249.

b. **Bei Interimsscheinen und nicht vollgezahlten Aktien** (§. 226 Abs. 1) ist das Verbot des Erwerbes oder der Pfandnahme eigener Aktien außerhalb des regelmäßigen Geschäftbetriebs keine bloße Ordnungsvorschrift, vielmehr dahin verschärft, daß ein Erwerb oder eine Pfandnahme, welche gegen das Verbot verstoßen, nichtig sind („kann"), und es besteht auch keine Ausnahme für den Fall der Aus-

führung einer Einkaufskommission (K.B. 16). Der Grund für dies strenge Verbot liegt darin, daß in dem Erwerb (allerdings nicht auch in einer Pfandnahme) nicht vollgezahlter Aktien (allerdings nicht auch vollgezahlter Interimsscheine) eine nach §. 221 verbotene Befreiung des Aktionärs von der Einzahlungspflicht liegen würde (M. 223). Ausgabepreis vgl. §. 184 Anm. I.

§. 227.

Einziehung von Aktien.

Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die Bestimmung muß in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Aenderung des Gesellschaftsvertrags getroffen sein, es sei denn, daß die Einziehung nicht mittelst Ausloosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, sondern mittelst Ankaufs der Aktien geschehen soll.

Jede Art der Einziehung darf, sofern sie nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen.

A.D.H. Art. 215d Abs. 2. **Entw. I** §. 210. **Entw. II** §. 225.

§. 227.

I. Einziehung von „Aktien".

a. **Begriff.** Unter „Einziehung von Aktien" (§. 227) wird die Verminderung der Zahl der Anteilrechte (§. 179 Anm. II a) verstanden (vgl. §. 290). Die „Einziehung von Aktien" unterscheidet sich daher einerseits von dem „Erwerb eigener Aktien" (§. 226), denn in letzterem Fall wird die Gesellschaft nur Berechtigter bezüglich einzelner Anteilrechte, ohne daß die Anteilrechte als solche untergehen (§. 226 Anm. I a). Die „Einziehung von Aktien" unterscheidet sich andererseits von der „Kraftloserklärung von Aktien oder Interimsscheinen" (§. 228), denn in letzterem Falle handelt es sich nicht um Beseitigung von Anteilrechten, sondern um Beseitigung von Urkunden über die nach wie vor bestehenden Anteilrechte. Die Ansicht Staubs (Art. 215d § 7; ebenso Rudorff zu §. 227), daß die „Einziehung von Aktien" ein Sonderfall des „Erwerbs eigener Aktien" sei, erscheint unzutreffend, denn die Einziehung kann auch ohne Erwerb der „Aktien" durchgeführt werden (unten Anm. I b). — Die Einziehung von Anteilrechten kann mit einer entsprechenden Herabsetzung des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) verbunden werden (§. 290) oder auch ohne eine solche geschehen (§. 227 Abs. 2).

b. **Durchführung der Einziehung.** Bei der Einziehung von Anteilrechten (auch ohne Herabsetzung des Grundkapitals) ist, ähnlich wie bei Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, zu unterscheiden der Einziehungsbeschluß und die Durchführung der Einziehung. Nur erscheinen bei der Einziehung nicht beide Abschnitte des Verfahrens äußerlich unterschieden im Gesetz, weil der Einziehungsbeschluß durch Anordnung der Einziehung in der Satzung ersetzt werden kann, weil bei gestattender Satzungsbestimmung der Einziehungsbeschluß im Zweifel nur vom Vorstand gefaßt zu werden braucht, und weil ferner die Einziehung als solche unerheblich für die Gläubiger ist, und daher die in ihr liegende Änderung in der Einteilung des Grundkapitals ebensowenig zum Handelsregister anzumelden

ist wie (§. 198) die ursprüngliche Einteilung. [Im Einzelfall kann in dem Einziehungsbeschluß eine Satzungsänderung liegen, und diese ist dann gemäß §. 277 Abs. 2 Satz 1 anzumelden.] Der Inhalt des Einziehungsbeschlusses (bezw. die Einziehungsanordnung der Satzung), soweit die gesetzlichen Schranken des §. 227 eingehalten sind, ist maßgebend für die Art, in welcher im Einzelfall die Einziehung durchgeführt werden soll, und ob die Einziehung sofort mit dem Beschlusse oder erst künftig in Kraft treten soll. Es läßt sich daher keine allgemeine Regel dafür geben, ob bei Durchführung der Einziehung durch Ankauf der Aktien der Untergang des Anteilrechts schon mit Abschluß des Kaufvertrages (Indossament, Abtretung; vgl. §. 222 Anm. IVa) oder mit Lieferung der Aktienurkunde an die Gesellschaft oder zu noch späterem Zeitpunkt (vgl. § 226 Anm. Ia) stattfinden soll; im Zweifel wird der Zeitpunkt maßgebend sein, in welchem die Gesellschaft Anteilberechtigte werden würde, wenn der Einziehungsbeschluß nicht bestände. Sofort mit dem Einziehungsbeschluß kann die Einziehung in Kraft treten z. B. wenn die Gesellschaft damals schon Anteilberechtigte bezüglich der einzuziehenden Anteilrechte ist. Bei Auslosung und Kündigung erfolgt die Einziehung im Zweifel mit dem Zeitpunkt der Auslosung bezw. dem Zeitpunkt, zu welchem gekündigt ist. — Ob die Mitgliedscheine, welche die eingezogenen Anteilrechte verbrieften, vernichtet werden, ist unerheblich (Staub Art. 215d § 6).

c. **Buchung** nach durchgeführter Einziehung. Anteilrechte gelangen überhaupt nicht zur Buchung in der Bilanz, vielmehr nur die Summe der Grundkapitalanteile (= das Grundkapital). Die Einziehung der Anteilrechte ist daher eine Maßregel, welche für die Gestaltung der Bilanz ohne jeden Einfluß bleibt.

1. Findet gleichzeitig mit Einziehung der Anteilrechte eine Herabsetzung des Grundkapitals statt, so ist die letztere zu buchen gemäß den Regeln, welche überhaupt für Buchung einer Herabsetzung des Grundkapitals zur Anwendung kommen (Simon, Bilanzen S. 220).
2. Findet dagegen gleichzeitig mit Einziehung der Anteilrechte **keine** Herabsetzung des Grundkapitals statt, so bleibt das Grundkapital unberührt und ist (§. 261 Ziff. 5) auch künftig in voller Höhe unter die Passiva der Bilanz aufzunehmen (Denkschr. 138, R.O.H. XVIII, 433; dagegen bisher Staub Art. 215d §. 6). Das bisherige Grundkapital von 100000, welches nur einen Nennbetrag darstellte, (§. 178 Anm. IIa) und in 100 gleiche Grundkapitalanteile des Nennbetrages 1000 zerfiel, bleibt nach Einziehung von 50 Anteilrechten dennoch in Höhe von 100000 bestehen; die noch übrigen 50 Grundkapitalanteile behalten zwar (aus Zweckmäßigkeitsrücksichten) den Nennbetrag von je 1000; die eingetretene Änderung besteht nur darin, daß während früher jeder einzelne Grundkapitalanteil $\frac{100000}{100}$ des Grundkapitals betrug, er künftig mit $\frac{100000}{50}$ bei Berechnung des Gewinnanteils und des Anteils bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu Grunde zu legen ist. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß hierin eine „Kapitalrücklage" der Gesellschaft (so Simon, Bilanzen S. 222) liegt, es sei denn, daß man auch die Wirkung der Einsetzung des ursprünglichen Grundkapitals unter die Passiva so bezeichnen will. Es wird kein Kapital zurückgelegt, sondern nur der Kreis der am vorhandenen Kapital Beteiligten wird verengert. Das für Durchführung der Einziehung mehraufgewendete Kapital bleibt nicht in den Händen der Gesellschaft, sondern wird an die bisherigen Besitzer der eingezogenen Anteilrechte zwecks Abfindung herausgezahlt. Das Vermögen der Gesellschaft wird daher durch die Einziehung nicht vermehrt, wenn auch jedes

einzelne verbleibende Anteilrecht wertvoller wird. Das Vermögen der Gesellschaft vermindert sich sogar durch die zu zahlenden Abfindungssummen, ohne daß in das Gesellschaftsvermögen eine Gegenleistung gelangt. Um denselben Betrag, um welchen sich die Ansprüche der abgefundenen und ausgeschiedenen C. und D. an den Reingewinn und an das zu verteilende Gesellschaftsvermögen verringern, um denselben Betrag erhöhen sich gleichzeitig die Ansprüche der verbleibenden A. und B. Ob man nun — wie grundsätzlich als allein zutreffend zu erachten ist — auch nach Einziehung das Grundkapital in früherer Höhe mit 100000 einstellt, oder ob man statt dessen künftig unter die Passiven neben einander zwei verschiedene Posten: „1. Grundkapital 50000" und „2. Reservefonds durch Amortisation von Aktien gebildet 50000" aufnimmt (so Simon a. a. O., Esser Anm. 3), ist für das Ergebnis gleichgiltig (Denkschr. 138), so lange man sich klar bleibt, daß auch dieser sogenannte Reservefonds nichts anderes ist als ein Teil des Grundkapitals. Gleichgiltig daher, in welcher Weise die Buchung erfolgt ist: für die Zukunft sind bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften jedenfalls die ganzen 100000 als „Grundkapital" anzusehen (dagegen Esser Anm. 3). So ist z. B. gemäß §. 240 Abs. 1 die Generalversammlung bereits zu berufen, wenn sich ein Fehlbetrag von 50000 (nicht erst, wenn sich ein Fehlbetrag von 50000 + 25000) ergiebt (dagegen Esser a. a. O.). Eine Satzungsbestimmung, wonach eine Mehrheit von 3/4 des Grundkapitals vertreten sein muß, ist dahin zu verstehen, daß (ohne Berücksichtigung des nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten beibehaltenen Nennbetrages der einzelnen Aktien) 3/4 der Grundkapitalanteile, von denen jeder nunmehr mit $\frac{100000}{50}$ (nicht mit 1000) zu berechnen ist, vertreten sein müssen (im Ergebnis ebenso Esser a. a. O.).

II. **Schranken für die Einziehung.** Der §. 227 Abs. 1 enthält die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Einziehungsbeschlusses, welchem die Satzungsanordnung gleichsteht, der §. 227 Abs. 2 eine Beschränkung für die Durchführung der Einziehung; doch ist beides im Gesetz nicht streng auseinandergehalten (vgl. oben Anm. I b).

a. **Anordnung oder Gestattung durch Satzungsbestimmung.** Jede Art der Einziehung ist nur zulässig, wenn sie durch Satzungsbestimmung angeordnet oder gestattet ist. Die ohne Rücksicht auf den Willen (Denkschr. 138) der bezüglich der einzuziehenden Anteile Berechtigten (also z. B. durch „Auslosung, Kündigung") vorzunehmende Einziehung ist ferner nur dann zulässig, wenn schon vor Zeichnung der betreffenden Anteile jene Satzungsbestimmung getroffen worden ist. Die mit dem Willen (Denkschr. 138) der betreffenden Anteilberechtigten (also insbesondere durch „Ankauf der Aktien") erfolgende Einziehung ist an die letztere Beschränkung nicht gebunden. Die Folge der Unzulässigkeit bei nicht vorhandener bezw. nicht vor Zeichnung getroffener Satzungsbestimmung ist Nichtigkeit („kann", „muß"); nichtig ist aber nur die Einziehung, d. h. es tritt trotz gewollter Verminderung der Zahl der Anteilrechte keine solche Verminderung ein. Nicht etwa ist auch der zwecks unzulässiger Einziehung erfolgte Ankauf stets nichtig; auf denselben findet vielmehr dann §. 226 Anwendung. — Daß die Satzung bereits Einzelheiten über die zu bewirkende Einziehung, insbesondere einen Tilgungsplan, enthalten müsse (so Staub Art. 215d §. 8, vgl. Johow V, 30), ist im Gesetz nicht verlangt.

b. **Beschränkung bei Verwendung von Gesellschaftsvermögen zum Zweck der Einziehung.**

1. **Regel:** „Jede Art der Einziehung darf nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen." „Jede Art der Ein-

ziehung", d. h. die Einziehung mit dem Willen oder ohne Rücksicht auf den Willen der betroffenen Anteilberechtigten (oben Anm. II a). „Darf nur", d. h. eine Zuwiderhandlung bewirkt nicht Nichtigkeit, sondern hat andere Folgen (Planck, B.G. Einl. IV, 4 b). „Jährliche Bilanz" vgl. §. 215 Anm. III d. „Verfügbarer Gewinn" ist als gleichbedeutend mit „verteilbarer Gewinn" (§. 214 Anm. II, §. 215 Anm. III b) zu verstehen, denn die hier in Betracht kommende Vorschrift hat lediglich die Bedeutung einer Anwendung des Grundsatzes der Bindung des Grundkapitals (§. 215 Anm. III a) auf den besonderen Fall der Einziehung. Unerheblich ist daher, ob der „verteilbare Gewinn" bar in der Gesellschaftskasse vorhanden ist, oder ob verfügbare Mittel erst durch Versilberung oder Darlehnsaufnahme beschafft werden müssen (§. 213 Anm. II c). — Das Verbot der Verwendung von mehr als dem Reingewinn ist anwendbar trotz früherer zulässiger Übernahme der Verpflichtung zur Einziehung (R.G. XXII, 1).

2. **Ausnahme:** „Sofern sie (die Einziehung) nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet." Die herrschende Meinung hält sich an den Wortlaut dieser Bestimmung und fordert für diesen Ausnahmefall, daß für die Einziehung alle diejenigen Vorschriften entsprechend angewendet werden, welche in §§. 288 ff. für die Herabsetzung des Grundkapitals gegeben sind (Ring Art. 215 d Anm. 12, Staub Art. 215 d §. 7, Behrend §. 143 V, R.G. XXVI, 133). Trotz dieser Übereinstimmung der Schriftsteller und Stützung durch die Wortfassung des Gesetzes ist dieser Ansicht nicht beizutreten; sie beruht auf mangelndem Auseinanderhalten der Begriffe von Einziehung und Herabsetzung (vgl. z. B. Staub a. a. O.: „Die Amortisation ist ja auch eine Herabsetzung des Grundkapitals"). Zweifellos ist, daß wenn gleichzeitig mit der Einziehung (und unter Benutzung der Einziehung als Durchführungsmittel, §. 288 Abs. 2) eine Herabsetzung stattfindet, für diese Herabsetzung die Vorschriften der §§. 288 ff. zu beobachten sind. Es soll doch wohl nicht behauptet werden, daß dann in diesem Fall außerdem auch bezüglich der Einziehung jene Vorschriften zu beobachten sind! Der Streit kann sich daher nur darum drehen, ob es möglich ist, auf die Einziehung die Vorschriften der §§. 288 ff. anzuwenden, wenn gleichzeitig keine Herabsetzung des Grundkapitals stattfindet. Diese Möglichkeit ist aber — abweichend von der herrschenden Meinung — zu verneinen. Der §. 289 fordert als wesentlichen Bestandteil des Verfahrens eine Eintragung der Herabsetzung in das Handelsregister. Wollte man dies auf die Einziehung entsprechend anwenden, so würde man auch die Eintragung der Einziehung (zunächst des Einziehungsbeschlusses und dann der erfolgten Einziehung) fordern müssen. Eine solche Eintragung ist aber nirgend gestattet, mithin unzulässig (§. 12 Anm. II c); sie wäre auch unvereinbar mit dem Grundsatz des §. 198, wonach nur die Höhe des Grundkapitals, nicht etwa auch die Zahl der Grundkapitalanteile, einzutragen ist. Man setze ferner den Fall, daß in der Satzung die Einziehung angeordnet ist: soll man in diesem Fall wirklich noch einen besonderen Einziehungsbeschluß gemäß §. 288 fordern, zumal doch jeder die Einziehung ablehnende Beschluß anfechtbar wegen der darin enthaltenen Satzungsverletzung wäre? Man nehme an, unter entsprechender Beobachtung der §§. 288 ff. sei eine Einziehung durch Entnahme von mehr als dem verteilbaren Reingewinn durchgeführt, das Grundkapital aber nicht herabgesetzt: Das Grundkapital würde dann, wie bisher, künftig mit 100000 in die Bilanz aufzunehmen sein, die Aktiva würden aber, falls für Ankauf von 50 Anteilen

zu 1000 der Betrag von 50000 aus Nichtreingewinn verwendet ist, und bisher 100000 Aktiva vorhanden waren, künftig zunächst auf 50000 zu bewerten sein, ein Ergebnis, welches schwerlich dem Gesetzgeber vorschwebte. Wie endlich will man das „darf" in §. 227 Abs. 2 mit dem „kann" in dem entsprechend anzuwendenden §. 288 Abs. 1 vereinigen? — Sind vorstehende Ausführungen zutreffend, so ergiebt sich, daß eine Einziehung niemals „nach" den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfinden kann, weder wenn sie gleichzeitig mit einer Herabsetzung, noch wenn sie ohne Zusammenhang mit einer Herabsetzung stattfindet. Setzt so das Gesetz, wenn man sich an seine Wortfassung klammert, einen unmöglichen Fall voraus, so ergiebt sich die Notwendigkeit einer freieren Auslegung. Was der Gesetzgeber bezweckte, kann aber nicht zweifelhaft sein: die Gläubiger sollten durch Anwendung der Vorschriften in §§. 288 ff. geschützt werden, wenn für die Einziehung mehr als der verteilbare Reingewinn verwendet wird. Dies wird in einfachster Weise erreicht, wenn man die fraglichen Worte (dem zutreffenden Wortlaut des §. 290 entsprechend) dahin auslegt, daß sie bedeuten sollen: „sofern sie (die Einziehung) nicht in Ausführung einer Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt." Daß in diesem Falle für die Herabsetzung die Beobachtung der Vorschriften in §§. 288 ff. wesentlich ist, ergiebt sich dann ohnedies aus §§. 288 ff.

§. 228.

Kraftloserklärung.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet, so kann die Urkunde, wenn nicht das Gegentheil darin bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die Vorschriften des §. 799 Abs. 2 und des §. 800 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Sind Gewinnantheilscheine auf den Inhaber ausgegeben, so erlischt mit der Kraftloserklärung der Aktie oder des Interimsscheins auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnantheilscheinen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 211. **Entw. II** §. 226.

§. 228.

I. **Aktien oder Interimsscheine.** Die §§. 228—230 beziehen sich auf Mitgliedscheine jeder Art, sowohl auf Inhaber- wie auf Namenpapiere, auch auf Namenpapiere über nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbare Anteile (Denkschr. 138). Über den Fall eines vor Inkrafttreten des H.G.B. eingetretenen Verlustes vgl. E.G. z. H.G.B. Art. 25. Das Aufgebotverfahren ist näher geregelt in C.P.O. §§. 1003 ff. Über Zahlungssperre vgl. C.P.O. §. 1019; über die Wirkung einer im Reichsanzeiger erfolgten Bekanntmachung des Verlustes auf die Ausschließung der Gutgläubigkeit des erwerbenden Bankiers vgl. H.G.B. §. 367. Über die Verschiedenheit der Kraftloserklärung von Mitgliedscheinen und der Einziehung von Anteilrechten vgl. §. 227 Anm. Ia. Der §. 228 bestimmt nur über die Kraftloserklärung im Wege des (gerichtlichen) Aufgebotsverfahrens; für die Fälle der Verlustigerklärung (§. 219) und der durch die Gesellschaft erfolgenden Kraftloserklärung zwecks Einziehung von Anteilrechten in Ausführung einer Herabsetzung

des Grundkapitals (§. 290) oder ohne solche Herabsetzung (§. 227) gelten besondere Vorschriften; doch ist in letzteren Fällen der §. 228 Abs. 2 entsprechend anwendbar (Denkschr. 139). Über die Ausgabe neuer Mitgliedscheine vgl. §. 219 Anm. IV und nachstehend B.G. §. 800.

Die nach §. 228 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anwendbaren, auf Inhaber-Schuldverschreibungen bezüglichen Vorschriften des B.G. lauten:

§. 799 Abs. 2. „Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen."

§. 800. „Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugnis, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen."

II. **Gewinnanteilscheine.** Eine Kraftloserklärung von Gewinnanteilscheinen für sich allein ist unzulässig (vgl. C.P.O. §. 946 Abs. 1; für diesen Fall bietet B.G. §. 804 einen anderen Weg), denn die Zulässigkeit eines Aufgebots von Gewinnanteilscheinen auf Namen ist nirgend erwähnt, und die Kraftloserklärung von Gewinnanteilscheinen auf Inhaber ist ausdrücklich ausgeschlossen in B.G. §. 799 Abs. 1 Satz 2, welcher nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar zur Anwendung kommt. Es kann sich daher nur darum handeln, inwieweit die Gewinnanteilscheine durch die Kraftloserklärung der Haupturkunde mitbetroffen werden. Hierüber handelt §. 228 Abs. 2. Er erwähnt nicht diejenigen Gewinnanteilscheine, welche zur Zeit der Kraftloserklärung der Haupturkunde bereits fällig sind; diese Gewinnanteilscheine bleiben daher in Kraft, und der Inhaber kann die Einlösung verlangen vorbehaltlich des von der Gesellschaft zu führenden Gegenbeweises (B.G. §. 793), daß der Inhaber nicht zur Verfügung über die Urkunde berechtigt sei. Bezüglich der bei Kraftloserklärung der Haupturkunde noch nicht fälligen Gewinnanteilscheine bestimmt §. 228 Abs. 2 (umgekehrt B.G. §. 803 bezüglich nicht fälliger Zinsscheine; Denkschr. 138), daß mit der Kraftloserklärung des Mitgliedscheins auch der Anspruch aus den nicht fälligen Gewinnanteilscheinen erlösche. Bei Anwendung dieser Bestimmung ist zu beachten, daß die Fälligkeit des Anspuchs aus dem Gewinnanteilschein (mithin doch wohl auch des Gewinnanteilscheins) nicht bereits mit dem Ablauf des Zeitraums eintritt, über welchen er lautet, vielmehr erst mit der Feststellung des Reingewinns für das betreffende Geschäftsjahr (§. 213 Anm. IIc). — Die Neuausgabe von Gewinnanteilscheinen kann durch Zahlungssperre verhindert werden (C.P.O. §. 1019). — Die Vorschrift des §. 228 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar in den zugelassenen Fällen nicht gerichtlicher Kraftloserklärung (oben Anm. I). — Betreffs der Gewinnanteilscheine zu einem vor Inkrafttreten des B.G. ausgegebenen Inhaberpapier vgl. E.G. z. B.G. Art. 174 Abs. 1, 175.

§. 229.

Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Berechtigte, sofern der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale der Urkunde noch mit

Sicherheit erkennbar sind, von der Gesellschaft die Ertheilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

A.D.H. — Entw. I — Entw. II —

§. 229.

Der §. 229 entspricht dem §. 798 B.G. Die Bestimmung wurde von der Reichstagskommission aufgenommen, um einen Zweifel darüber auszuschließen, daß §. 798 B.G. entsprechend anwendbar sei auch soweit Mitgliedscheine auf Namen in Betracht kommen (K.B. 71). Der „Berechtigte" ist bei Inhaberpapieren der Inhaber (vorbehaltlich des Gegenbeweises gemäß B.G. §. 793 Abs. 1), bei Namenpapieren der im Aktienbuch Verzeichnete (§. 223 Anm. IV). Auch letzterer muß jedoch nach §. 229 in der Lage sein, die bisherige Urkunde behufs Umtauschs auszuhändigen (vgl. auch §. 223 Anm. Ic).

§. 230.

Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine.

Neue Gewinnantheilscheine dürfen an den Inhaber des Erneuerungsscheins nicht ausgegeben werden, wenn der Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins auszuhändigen, wenn er die Haupturkunde vorlegt.

A.D.H. — Entw. I — Entw. II —

§. 230.

I. **Erneuerungsschein.** Der Erneuerungsschein ist kein Inhaberpapier, nicht bestimmt, die Forderung auf Zahlung von Gewinnanteilen abzulösen von dem durch die Haupturkunde verbrieften Anteilrecht, vielmehr nur ein Legitimationspapier, durch dessen Ausstellung bezweckt wird, die beschwerende und gefährdende Vorlegung der Haupturkunde zu ersparen (R.O.H. X, 318, XVII, 32, R.G. III, 154, IV, 141, XXXI, 147; abweichend Cosack §. 118 V 3).

II. **Widerstreit zwischen Inhaber des Erneuerungsscheins und Besitzer des Mitgliedscheins.** Wer im inneren Verhältnis des Erneuerungsschein-Inhabers zum Mitgliedschein-Besitzer ein Recht auf den Besitz der neu auszugebenden Gewinnanteilscheine hat, richtet sich nach dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnis (vgl. R.G. XXIII, 270). Der §. 230 bestimmt nur darüber, wie der Ausgeber der neuen Gewinnanteilscheine im Falle eines Widerstreits sich zu verhalten hat. Der §. 230 entspricht dem §. 805 B.G. und wurde von der Reichstagskommission aufgenommen, um einen Zweifel darüber auszuschließen, daß §. 805 B.G. entsprechend anwendbar sei auch soweit Mitgliedscheine auf Namen in Betracht kommen (K.B. 71, 72). Hiernach genügt der bloße Widerspruch des Mitgliedschein-Besitzers, um die Gesellschaft zu verpflichten, an keinen von beiden neue Gewinnanteilscheine auszugeben. Legt er die Haupturkunde vor, so hat die Gesellschaft ihm den Vorzug zu geben, selbst wenn der Erneuerungsschein-Inhaber widerspricht. „Besitzer" ist wohl auch der mittelbare (B.G. §. 868; auch hier greift die hierüber für das B.G. bestehende Streitfrage ein). Nicht, wie an anderen Stellen (§. 252 Anm. IIIb 1), ist „Besitzer" gleichbedeutend mit Berechtigter gebraucht. Hierfür spricht, daß §. 230 den Besitz der Urkunden, nicht des Rechts erwähnt; ferner auch der Zweck des §. 230, gerade das Verhältnis bei Namenaktien zu regeln. Hiernach hat bei Namenaktien die Rechte aus §. 230 der Besitzer der Namenaktie, gleichgiltig wer im Aktienbuch eingetragen ist.

Dritter Titel.

Verfassung und Geschäftsführung.

I. Vorstand (§§. 231—242).

§. 231.

Vertretungsmacht; Bestellung; Widerruf.

Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen.

Die Bestellung zum Mitgliede des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

A.D.H. Art. 227. **Entw. I** §. 212. **Entw. II** §. 227.

§. 231.

I. **Notwendigkeit eines Vorstandes.** Da die A.G. ein Verein ist (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II), so ist anwendbar B.G. §. 26 Abs. 1 Satz 1: „Der Verein muß einen Vorstand haben". Die Notwendigkeit eines Vorstandes ist auch vorausgesetzt in H.G.B. §. 182 Abs. 2 Ziff. 4. Kein Vorstand in diesem Sinne ist eine Behörde, welche von den übrigen Behörden der A.G. völlig unabhängig ist, so daß die A.G. nicht in der Lage ist, ungehorsame Mitglieder jener Behörde abzusetzen oder zur Verantwortung zu ziehen (R.G. III, 131). — „Vorstand" ist ein juristischer Begriff. Unerheblich ist, wie bei der einzelnen A.G. die vertretende Behörde bezeichnet wird (ebenso Esser Anm. 10; dagegen Staub Art. 227 §. 3, Pinner Anm. IV), oder welche Titel den einzelnen Vorstandsmitgliedern beigelegt werden; die Behörde ist dennoch „Vorstand" wenn sie nur unter jenen juristischen Begriff fällt. — Wird der Vorstand in mehrere Unterabteilungen zerlegt (z. B. R.O.H. XVIII, 338), so sind für die Verteilung der Geschäftsführung §. 235 Abs. 1, für die Verteilung der Vertretungsmacht §§. 232, 235 Abs. 2 maßgebend. — Über die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats vgl. §. 243 Anm. I. — Neben Vorstand und Aufsichtsrat können auch andere Behörden eingerichtet werden (§. 235 Abs. 2: „oder eines anderen Organs", Esser §. 235 Anm. 6).

II. **Bestellung und Zusammensetzung.**

a. **Art** der Bestellung und Zusammensetzung. Vgl. §. 182 Anm. IV b 5. Hierfür ist die Bestimmung der Satzung maßgebend (§. 182 Abs. 2 Ziff. 4). Der §. 231 Abs. 2 (entsprechend dem B.G. §. 26 Abs. 1 Satz 2) hebt nur hervor, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen könne. Die Zahl der Vorstandsmitglieder muß ein für allemal durch die Satzung festgelegt sein; die Satzung kann nicht dem Aufsichtsrat überlassen, beliebig viele Vorstandsmitglieder zu bestellen (§. 182 Anm. IV a, vgl. auch §. 243 Abs. 1; dagegen Johow X, 37, Pinner Anm. III 1). Erfolgt eine Änderung der Zahl durch Satzungsänderung, so kann erst nach Eintragung der Satzungsänderung (§. 277 Abs. 3) der Vorstand in der neu festgestellten Mitgliederzahl in Wirksamkeit treten (R.G. XXIV, 58); eine bereits gleichzeitig mit dem Beschluß der Satzungsänderung vorgenommene Wahl des neuen Vorstandsmitgliedes wird wohl in der Regel als eine durch die Eintragung der Satzungsänderung bedingte und betagte aufgefaßt und so aufrecht erhalten werden können. Soweit die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt, können die Mitglieder besoldet oder unbesoldet, Aktionäre oder andere sein. Nicht ausgeschlossen ist, daß

die Mitglieder des Vorstandes sämtlich oder teilweise durch einen Dritten bestellt werden (ebenso Staub 5. Aufl. S. 552 Anm. 2; dagegen Rudorff zu Abs. 3); der §. 236 Abs. 1 Satz 2 setzt den regelmäßigen Fall voraus, will jedoch wohl nicht diesen zum ausschließlich zulässigen erklären. Nur muß der A.G. die Möglichkeit gewahrt sein, gegenüber dem Vorstande die Ausführung ihres Willens zu erzwingen (R.G. III, 129), insbesondere die Möglichkeit des Widerrufs der Bestellung (Anm. I, Vc). Über die Bestellung des ersten Vorstandes vgl. §. 190 Anm. II. — Für anwendbar ist zu erachten B.G. § 29:

„Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat."

Der §. 182 Abs. 2 Ziff. 4 steht nicht entgegen, denn auch bei anderen Vereinen gilt der §. 29 B.G. trotz etwaiger Satzungsbestimmungen über die Bestellung des Vorstandes (vgl. B.G. §. 40). — Über die für Reichsbeamte erforderliche Genehmigung zum Eintritt in Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft bestimmt Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 §. 16; über die für Preußische Beamte erforderliche Genehmigung zum Eintritt in Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer A.G. oder K.A.G. bestimmt Ges. v. 10. Juni 1870 (G. S. 244). Ähnliche Bestimmungen bestehen (nach Esser Anm. 5) in Baiern, Württemberg, Baden, Braunschweig. Mangelnde Genehmigung macht nicht die Bestellung unwirksam. Das Registergericht kann daher nicht den Nachweis der Genehmigung fordern (Pinner Anm. II 4). — Über die Unvereinbarkeit der Stellung als Mitglied des Vorstandes und als Mitglied des Aufsichtsrats vgl §. 248. Über die Stellvertretung von Vorstandsmitgliedern vgl. §. 242.

b. **Vertragsverhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft.** In der Bestellung und deren Annahme liegt der Abschluß eines Vertrages (R.G. in Strff. VII, 280). Auf dies Vertragsverhältnis kommen in Ermangelung besonderer Vereinbarungen der Regel nach (vgl. §. 48 Anm. III) die Vorschriften des B.G. über den Dienstvertrag (B.G. §§. 611 ff., 675) zur Anwendung (B.G. §. 611 Abs. 2, R.O.H. XIX, 59, R.G. VII, 78); hiernach bestimmt sich im Zweifel auch das beiderseitige Kündigungsrecht (vgl. auch Anm. V) sowie der Umfang der Ansprüche eines Vorstandsmitgliedes im Falle des Widerrufs (Denkschr. 139). Bei Unentgeltlichkeit der Leistung des Vorstandsmitglieds sind die Vorschriften des B.G. über den Auftrag (B.G. §§. 662 ff.) anwendbar. — Bei Schließung eines Vertrages zwischen der A.G. und einem Vorstandsmitglied ist das Vorstandsmitglied „Dritter" im Sinn des §. 235 (§. 235 Anm. III c 2). Bei Konkurs der A.G. ist beiderseits Kündigung zulässig (K.O. §. 22). Eine vom Vorstandsmitglied geleistete Sicherheit braucht nach Lösung des Vertragsverhältnisses nicht früher seitens der A.G. freigegeben zu werden, als bis er Rechnung gelegt und das in seiner Verwaltung befindliche Gesellschaftsvermögen an den neuen Vorstand abgeliefert hat (R.O.H. XXIV, 365). Über den Inhalt der Rechnungslegungspflicht vgl. §. 114 Anm. VI. — Zwischen den Vorstandsmitgliedern und den einzelnen Aktionären besteht keine vertragliche Beziehung (vgl. §. 241 Anm. IV c). Mithin hat auch nicht der einzelne Aktionär (K.B. 87 ff.), und — abgesehen von dem aus §. 264 Abs. 2 zu folgernden Recht der Mehrheit und Minderheit auf Aufklärung über bemängelte Bilanzposten — wohl nicht einmal die Mehrheit der Generalversammlung (Simon, Bilanzen S. 19), vielmehr haben nur der Aufsichtsrat und die etwa ernannten Revisoren ein Recht, Auskunftserteilung über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen (vgl. M. 235); nur durch Ablehnung der Bilanz-Genehmigung oder Entlastung und durch Widerruf und Neuwahl von Vorstandsmitgliedern kann unter Umständen die Mehrheit der Generalversammlung

mittelbar auf genügende Auskunftserteilung hinwirken. — Das Vorstandsmitglied ist nicht Handlungsgehilfe (§. 59 Anm. I d); es ist als solches auch nicht Kaufmann (§. 1 Anm. II E). — Nach G.V.G. §. 101 Ziff. 3a sind die Kammern für Handelssachen zuständig bei Rechtsstreitigkeiten aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern.

c. **Einwirkung des neuen Rechts auf ältere Verträge.** Auf vor Inkrafttreten des H.G.B. bestehende Dienstverträge ist anwendbar E.G. z. B.G. Art. 171 mit der Maßgabe in E.G. z. H.G.B. Art. 27; auf bestehende Auftragverträge E.G. z. B.G. Art. 170. Bei Anwendung des E.G. z. B.G. Art. 171 ist zu beachten, daß dort unter Kündigung nur die befristete Kündigung zu verstehen ist („nach den bisherigen Gesetzen" war jede „Kündigung" befristet); Widerruf steht daher nicht, wie Lehmann in Z.f.H. Bd. 48 S. 118 annimmt, der in Art. 171 erwähnten Kündigung gleich (unten Anm. V a).

III. **Geschäftsführung.** Für die Art der Geschäftsführung bei Mehrheit der Vorstandsmitglieder bestimmt allgemein für rechtsfähige Vereine (zu denen die A.G. gehört, Buch II Abschn. 3 Vorbem. II) das Bürgerliche Gesetzbuch:

§. 28 Abs. 1. „Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlußfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§. 32, 34."

§. 32. „Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Zur Giltigkeit des Beschlusses ist erforderlich, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß giltig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären."

§. 34. „Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft."

Die §§. 28 Abs. 1, 32, 34 B.G. sind für anwendbar auch auf die A.G. zu erachten. Allerdings ist das Gegenteil ausgesprochen in Denkschr. 140: „Der Grundsatz, daß, sofern die gesetzliche Regel nicht durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert wird, die Mitglieder des Vorstandes nicht einzeln zum selbständigen Handeln befugt sind, erstreckt sich auch auf das innere Verhältnis. Die Vorschrift des §. 28 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach die Beschlußfassungen des Vorstandes einer juristischen Person im Zweifel nach Stimmenmehrheit erfolgen, findet mithin bei der Aktiengesellschaft auch in Betreff der Geschäftsführung keine Anwendung." (Ebenso Esser Anm. 2, Litthauer.) Im Handelsgesetzbuch selbst sucht man indessen vergebens nach einer Bestimmung, welche entsprechend etwa dem §. 115 Abs. 2 gesetzlich festlegt, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder erforderlich sei. Nicht etwa §. 232 Abs. 1 Satz 1 enthält eine solche Bestimmung, denn die Abgabe von „Willenserklärungen" kommt überwiegend für die Vertretung in Betracht (vgl. B.G. §. 164), während die Geschäftsführung auch zahlreiche andere Handlungen umfaßt; die übrigen Vorschriften des §. 232 sind ausdrücklich nur für die Vertretungsmacht gegeben (§. 232 Abs. 1 Satz 2 „ermächtigen", Abs. 2 „Vertretung", „vertreten"); der §. 232 entspricht überhaupt dem nur auf die Vertretungsmacht bezüglichen §. 125. Da hiernach das H.G.B. nichts über die Geschäftsführungsbefugnis der einzelnen Vorstandsmitglieder bestimmt, so kommen — mangels etwaiger abweichender Satzungsbestimmung (B.G. §. 40; vgl. auch H.G.B. §. 235 Abs. 1) — die obigen allgemeinen Bestimmungen des B.G. zur Anwendung. Auch sachlich besteht hiergegen kein Bedenken, denn die Bestimmungen des B.G. be-

wirken eine größere Beweglichkeit bei der Geschäftsführung als bei Zugrundelegung der in der Denkschrift vertretenen Ansicht vorhanden wäre, und es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem eine besondere Erschwerung bei der A.G. wünschenswert wäre.

Ein Mehrheitsbeschluß, welcher gegen Gesetz oder Satzung verstößt, ist unverbindlich, auch für das in der Minderheit gebliebene Mitglied. Dies Mitglied, wenn es sich bei Ausführung eines solchen Beschlusses beteiligt, ist daher durch die Thatsache, daß ein Mehrheitsbeschluß ergangen ist, nicht gedeckt (Esser Anm. 6; vgl. auch §. 235 Anm. II).

Für den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis (einschließlich der Vertretungsbefugnis, §. 125 Anm. II a) des einzelnen Vorstandsmitgliedes ist in erster Reihe der Anstellungsvertrag maßgebend. Der Vorstand ist jedoch — unbeschadet etwaiger Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche einzelner Vorstandsmitglieder auf Grund des Anstellungsvertrages — verpflichtet, Beschränkungen der Vertretungsbefugnis durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß einzuhalten (§. 235 Abs. 1). Dem einzelnen Vorstandsmitglied braucht nicht notwendig überhaupt eine Geschäftsführungsbefugnis übertragen zu werden (R.G. XXIV, 72; dagegen Pinner Anm. V 1). — Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes umfaßt auch ungewöhnliche Geschäfte (Cosack §. 116 I 3 a); er braucht — außer soweit §. 253 Abs. 2 eingreift — nicht die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen (dagegen Pinner Anm. II 1). — Falls nichts anderes bestimmt ist, hat der Vorstand daher auch ohne besonderen Ermächtigungsbeschluß einer anderen Gesellschaftsbehörde die Befugnis zur Errichtung einer Zweigniederlassung (enger K.G. Berlin v. 20. Aug. 1895 Z.f.H. Bd. 47 S. 105).

IV. **Vertretungsmacht.** Vgl. §. 125 Anm. I a, b, II a. Die Vertretungsmacht steht dem Vorstande als Behörde (Organ) zu (vgl. R.G. XLI, 57), nicht — abgesehen von den in §. 232 erörterten Ausnahmefällen — den einzelnen Mitgliedern. Die Vertretungsmacht des Vorstandes kann nicht durch Satzungsbestimmung entzogen (Denkschr. 127, B.G. §. 26 Abs. 2 Satz 1, §. 40) oder mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden (H.G.B. §. 235; vgl. auch §. 232 Anm. III). — Da die A.G. ein Verein ist (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II), so ist der Vorstand „in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ der Aktiengesellschaft im Sinn des B.G. (B.G. §. 26 Abs. 2, H.G.B. §. 125 Anm. I c); er ist „gesetzlicher Vertreter“ im Sinne der C.P.O. (C.P.O. §. 51, H.G.B. §. 125 Anm. I c) und daher nicht fähig, als Zeuge im Rechtsstreit der A.G. vernommen zu werden (§. 210 Anm. II c). Aus demselben Grunde ist für die Haftung der A.G. bei widerrechtlicher Schadenzufügung maßgebend B.G. §. 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt“ (vgl. H.G.B. §. 125 Anm. I d). Über den Umfang der Vertretungsmacht vgl. §. 235 Anm. III a.

V. **Widerruf.** Vgl. §. 52 Anm. I.

a. **Verhältnis zur Kündigung gemäß dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis.** Widerruf und fristlose Kündigung sind so ähnliche Gestaltungen, daß als Wille des Gesetzgebers angesehen werden muß, daß letztere nicht noch neben ersterem zulässig ist (ähnlich Pinner §. 243 Anm. VIII 3). Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde die Formvorschrift in §. 243 Abs. 4 leicht umgehbar sein. Soweit daher im H.G.B. der Widerruf geregelt ist, kommen die Vorschriften des B.G. über fristlose Kündigung nur für die Entscheidung der Frage in Betracht, ob ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung bestehen bleibt. Dagegen ist die bei Verträgen auf unbestimmte Zeit zur Anwendung kommende befristete Kündigung eine von dem Widerruf völlig verschiedene Einrichtung. Deren Zulässigkeit ist daher durch die Bestimmungen über den Widerruf nicht berührt.

b. **Beschränkung oder Ausschließung der Widerruflichkeit.** Der §. 231 Abs. 3 stimmt überein mit B.G. §. 27 Abs. 2 Satz 1. Das B.G. fährt dann fort in §. 27 Abs. 2 Satz 2:

> „Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, daß ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung."

Würde das H.G.B. die in B.G. §. 27 Abs. 2 Satz 1 ausgesprochene Regel nicht wiederholen, so würde die im B.G. gegebene Regel und die daselbst zugelassene Ausnahme anwendbar sein. Da jedoch das H.G.B. die Regel ausdrücklich wiederholt, die Ausnahme aber ausläßt, so wird man wohl zu schließen haben, daß für die A.G. jene Ausnahme nicht gelten soll. Ist das Vorstandsmitglied einer A.G. mit der Maßgabe, daß es nur aus wichtigem Grunde entlassen werden dürfe, angestellt, so kann es daher, wenn ohne wichtigen Grund die Bestellung (dauernd oder einstweilig) widerrufen wird, dennoch nicht auf Rücknahme des Widerrufs klagen (R.O.H. XIV, 85), ist vielmehr auf den Vergütungsanspruch beschränkt. Die Widerruflichkeit kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden (§. 52 Anm. I, R.O.H. XXIII, 327; vgl. R.G. XXVII, 40).

c. **Widerrufsberechtigter** ist wohl im Zweifel derjenige, welchem die Bestellung zusteht, und falls eine Behörde der A.G. zu bestellen hat, dieselbe Behörde (ebenso Rudorff), und im Verhältnis zu den Vorstandsmitgliedern jedenfalls auch der Aufsichtsrat (§. 247 Abs. 1; anders Pinner Anm. VIII 3 b; die Möglichkeit eines Widerrufs durch einfache Mehrheit der Generalversammlung wie auch durch den Aufsichtsrat ist vorausgesetzt in K.B. 75). Ist aber bestellungsberechtigt nicht eine Behörde der A.G., sondern ein Dritter, so ist außer diesem auch die A.G. für widerrufsberechtigt zu erachten, da ohne eine derartige Möglichkeit der Einwirkung seitens der A.G. der sogenannte Vorstand kein solcher im Sinne des Gesetzes wäre (oben Anm. I).

d. **Suspension** ist wohl nicht (wie R.O.H. XIV, 86 annimmt) als (einstweiliger) Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied aufzufassen, vielmehr nur als eine vorläufige Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis einschließlich der Vertretungsbefugnis, d. h. des nach innen bestehenden Rechts zur Vertretung (§. 235 Anm. I a). Eine Entziehung der Vertretungsmacht (gegenüber Dritten) in anderer Weise als durch Widerruf der Bestellung als Vorstandsmitglied ist unausführbar (§. 232 Anm. IV). Vgl. auch Genossenschaftsges. §. 40.

e. **Unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.** Vgl. §. 52 Anm. II. Für den Umfang der Ansprüche sind, falls ein Dienstverhältnis vorlag, die allgemeinen Vorschriften über den Dienstvertrag maßgebend (oben Anm. II). Das ohne Grund entlassene Vorstandsmitglied hat die Erfüllungsklage auf Auszahlung des Gehalts für die Zukunft, es ist nicht auf Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadensersatz beschränkt (O.L.G. Kiel v. 10. Mai 1894 Z.f.H. Bd. 47 S. 117). Kein Anspruch verbleibt, wenn nach Maßgabe des Dienstvertrages die Entlassung eine gerechtfertigte war (R.G. VII, 77), und zwar sowohl im Falle des §. 626 B.G. (Kündigung wegen wichtigen Grundes) wie auch wenn der Fall des §. 627 B.G. (Dienste höherer Art auf Grund besonderen Vertrauens, ohne dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen) vorliegt.

Gesamtvertretung. §. 232.

Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Der Vorstand kann

jedoch einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist eine Willenserklärung der Gesellschaft gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes.

Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Auch kann durch den Gesellschaftsvertrag der Aufsichtsrath ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugniß zu ertheilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden in diesen Fällen entsprechende Anwendung.

A.D.H. Art. 229 Abs. 1. **Entw. I** §. 213. **Entw. II** §. 228.

§. 232.

I. **Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglieder.** Vgl. §. 125 Anm. III. Sie bildet bei dem Vorstand der A.G., wenn er aus mehreren Personen besteht, die Regel (§. 232 Abs. 1 Satz 1). Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle (§. 232 Abs. 1 Satz 2) vgl. §. 125 Anm. III b, Cosack §. 116 I 4 b. Eine solche Ermächtigung ist in der Regel anzunehmen, wenn die selbständige Vornahme bestimmter Geschäfte durch ein einzelnes Vorstandsmitglied fortgesetzt von den übrigen Mitgliedern geduldet wird (Denkschr. 139; vgl. §. 125 Anm. III e). Über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft (§. 232 Abs. 1 Satz 3) vgl. §. 125 Anm. III c. Über die Abgabe von Willenserklärungen seitens der Gesellschaft vgl. §. 125 Anm. III d, §. 233. Enthält die Satzung nur Vorschriften über das Zusammenwirken bei schriftlichen Willenserklärungen, so sind diese auch auf das Zusammenwirken bei mündlichen Erklärungen entsprechend anzuwenden (R.O.H. III, 183, XVI, 34; vgl. §. 51 Anm. I). Bestellen die Gesamtvertreter gemeinsam einen Handlungsbevollmächtigten, so verpflichtet dieser, soweit er innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht handelt, die Gesellschaft auch ohne Mitwirkung der Gesamtvertreter bei den einzelnen Verpflichtungshandlungen (R.O.H. XII, 35). Über die Abgabe von Erklärungen, durch welche nicht neue Verbindlichkeiten übernommen werden sollen (z. B. Erklärungen auf Vorlegung eines Protestes), vgl. R.G. XXIV, 85.

II. **Einzelvertretung.** Vgl. §. 125 Anm. II a. Besteht der Vorstand gemäß Satzung (§. 182 Abs. 2 Ziff. 4) nur aus einer Person, so tritt nach Gesetz Einzelvertretung ein (§. 231 Abs. 1). Besteht er aus mehreren Personen, so kann Einzelvertretung nur eintreten wenn die Satzung (§. 182 Anm. I) eine diesbezügliche Bestimmung enthält, sei es die unmittelbare Anordnung der Einzelvertretung (§. 232 Abs. 1 Satz 1), sei es die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Verleihung der Befugnis zur Einzelvertretung (§. 232 Abs. 2 Satz 2). Eine derartige Satzungsbestimmung und auch die etwaige Anordnung des Aufsichtsrats sind in das Handelsregister einzutragen (§. 198 Anm. III i, §. 234). Die Ermächtigung des Aufsichtsrats zu einer diesbezüglichen Anordnung schließt im Zweifel auch dessen Ermächtigung zu einer späteren gegenteiligen Anordnung ein (Rudorff zu Abs. 2).

III. **Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglied und Prokuristen.** Vgl. §. 125 Anm. IV §. 48 Anm. IV. Über die Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle (§. 232 Abs. 2 Satz 3) vgl. §. 125 Anm. III b. Über die Frage, ob die Satzung auch eine Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglied und Handlungsbevollmächtigten zulassen kann, vgl. §. 125 Anm. IV b.

a. **Gemäß Satzungsbestimmung.** Der § 232 Abs. 2 Satz 1 erkennt die Zulässigkeit einer derartigen Form der Gesamtvertretung an (so schon nach bisherigem Recht R.O.H. VIII, 340, Johow II, 20; vgl. R.G. XL, 17), jedoch nur für den Fall, daß für die betreffende Gesellschaft an sich die Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglieder erforderlich ist. Die letztere Beschränkung folgt aus den Worten: „steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu." Über die Frage, ob die Anordnung einer Gesamtvertretung mit einem Prokuristen auch dann zulässig ist, wenn nur ein Vorsteher vorhanden ist, also nicht nach Satzung, sondern nach Gesetz diesem die selbständige Vertretung zusteht, enthält §. 232 Abs. 2 keine ausdrückliche Bestimmung. Es ist doch wohl anzunehmen (im Ergebnis ebenso Pinner Anm. V), daß durch Erwähnung nur des einen Falles das Gesetz den anderen Fall ausschließen wollte. Auch wäre, wenn man die Beschränkung des einzigen Vorstehers durch Bindung an die Mitwirkung eines Prokuristen zulassen wollte, kein selbständig vertretungsberechtigter Vorstand vorhanden, welchen das Gesetz erfordert (§. 231 Anm. I, IV). Die Gesamtvertretungsmacht von Vorstandsmitglied und Prokurist ist aber, selbst wenn man in der Bestellung des Prokuristen als Gesamtvertreter zugleich eine besondere Ermächtigung gemäß § 49 Abs. 2 erblickt (§ 125 Anm. IVd, Pinner Anm. V; vgl. jedoch Düringer-Hachenburg §. 50 Anm. II), keine so umfassende wie die Vertretungsmacht des Vorstandes; denn nach §. 49 Abs. 1 bleibt der Prokurist stets auf die zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörenden Handlungen beschränkt, ist daher z. B. nicht ermächtigt zum Verkauf des Geschäfts (§. 49 Anm. IIa). (Bei der offenen Handelsgesellschaft liegt die Frage etwas anders, erstens weil §. 125 Abs. 3 nicht so streng gefaßt ist wie §. 232 Abs. 2, zweitens weil, soweit die Gesellschafter sämtlich in der Vertretungsmacht beschränkt sind, die Gesamtheit der Gesellschafter ergänzend eintritt, §. 125 Anm. IVc, Vb). — Über die Wirkung einer Beschränkung der Gesamtprokura auf den Betrieb einer einzelnen Niederlassung vgl. §. 235 Anm. IIIb 2.

b. **Gemäß Anordnung des Aufsichtsrats.** Der §. 232 Abs. 2 Satz 2 setzt ebenso wie Satz 1 voraus, daß mehrere gesamtvertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder vorhanden sind. Unter dieser Voraussetzung kann die Satzung den Aufsichtsrat ermächtigen, und dieser kann gemäß dieser Ermächtigung die Vertretungsmacht einzelner Vorstandsmitglieder dahin erweitern, daß sie nicht, wie anderenfalls, an die Mitwirkung anderer Vorstandsmitglieder, sondern nur an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden sind. Eine derartige Satzungsbestimmung und auch die etwaige Anordnung des Aufsichtsrats sind in das Handelsregister einzutragen (§. 198 Anm. IIIi, §. 234). Über die Zulässigkeit einer Abänderung der Anordnung vgl. oben Anm. II.

IV. **Ausschluß eines einzelnen Vorstandsmitgliedes von aller Vertretungsmacht** ist nicht für zulässig zu erachten (ebenso Rudorff; dagegen P. 361); ein solcher Ausschluß ist für den Vorstand nicht wie für den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft im H.G.B. erwähnt, sondern durch den Widerruf ersetzt. Dagegen kann durch Satzungsänderung oder Anordnung des durch Satzung ermächtigten Aufsichtsrats die etwa vorhandene Einzelvertretungsmacht in eine Gesamtvertretungsmacht geändert werden.

Zeichnung. §. 233.

Der Vorstand hat in der Weise zu zeichnen, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Namensunterschrift hinzufügen.

A.D.H. Art. 229 Abs. 2. **Entw. I** §. 214. **Entw. II** §. 229.

§. 233.

Der §. 233 bestimmt über die Art, wie der Vorstand, wenn er für die Gesellschaft oder für sich selbst auftritt, zu zeichnen hat. (Die §§. 195 Abs. 4 und 234 Abs. 3 bestimmen nur darüber, welche Zeichnungen zum Zweck der Aufbewahrung bei dem Gericht abzugeben sind.) Die Vorschrift ist nur Ordnungsvorschrift; ein Verstoß macht die Willenserklärung nicht unwirksam (§. 51 Anm. II, R.O.H. XVIII, 340). Daher ist z. B. eine vom Vorstand ausgehende Bekanntmachung wirksam auch, wenn sie nur mit der Firma oder mit der Bezeichnung des Vorstandes ohne Hinzufügung der Namen gezeichnet ist (Bolze Bd. 5 Nr. 755). Um so mehr ist eine Urkunde giltig, auf welche zwar nicht die eigenhändigen, aber doch die facsimilierten Unterschriften der Vorstandsmitglieder mit deren Willen gesetzt sind (R.G. XIV, 97; vgl. §. 181). Über die Art des Zusammenwirkens mehrerer Gesamtvertreter bei gemeinsamer Zeichnung vgl. §. 125 Anm. III d.

§. 234. **Anmeldung von Änderungen.**

Jede Aenderung des Vorstandes oder der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine auf Grund des §. 232 Abs. 2 Satz 2 von dem Aufsichtsrathe getroffene Anordnung ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Aenderung oder Anordnung beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. Art. 233 Abs. 1, 228. **Entw. I** §. 215. **Entw. II** §. 230.

§. 234.

I. **Anmeldung.**

a. **Form.** Vgl. §. 12 Anm. I, §. 195 Anm. Id.

b. **Zuständige Gerichte.** Vgl. §. 195 Anm. Ia, §. 125 Anm. VIa.

c. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand. Also der Vorstand als Behörde, nicht (wie für die ursprüngliche Anmeldung in §. 195 Abs. 1 vorgeschrieben) alle einzelnen Mitglieder (dagegen nach bisherigem Recht Johow XVII, 13). Es genügt daher ein Mitwirken derjenigen Mitglieder, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§. 108 Anm. I, Denkschr. 155, Esser Anm. 2, Pinner Anm. III). In den Fällen, in denen ausnahmsweise sämtliche Mitglieder des Vorstandes anmeldepflichtig sein sollen, ist dies ausdrücklich hervorgehoben (vgl. z. B. §§. 289, 291). Da nur bereits erfolgte (oder gleichzeitig erfolgende) Änderungen angemeldet werden können (R.G. XXII, 59), nach erfolgter Änderung aber der Vorstand in seiner früheren Zusammensetzung nicht mehr „der Vorstand" ist, so folgt, daß die Anmeldung durch den Vorstand in seiner neuen Zusammensetzung zu bewirken ist (so für Ges. m. b. H. Johow XVI, 26, für Genossenschaften Johow XVIII, 33, für Liquidatoren der A.G. Johow XIV, 30; ebenso Pinner Anm. III).

d. **Anzumeldende Thatsachen.**

1. Änderung des Vorstandes, d. h. in der Zusammensetzung des Vorstandes (genauer §. 244: „Änderung in den Personen der Mitglieder"). Die etwa neu eintretenden Mitglieder sind nach Namen, Stand und Wohnort zu bezeichnen (vgl. §. 198 Anm. III g). Eine Wiederwahl ist nicht anzumelden, da hierdurch keine Änderung in der Zusammensetzung des Vorstandes erfolgt (Pinner Anm. II). — Die Zeit, für welche die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes (oder

eines Stellvertreters) erfolgt, ist nicht eintragungspflichtig und daher (§. 12 Anm. IIc) nicht eintragungsfähig (ebenso Holdheim Ztschr. 1894 S. 204). Über die Wirkung einer trotzdem erfolgten Eintragung der Zeitbegrenzung vgl. §. 15 Anm. III A c 2. — Auch das Aufhören der Bestellung (durch Kündigung, Widerruf, Zeitablauf oder Vertrag) bewirkt eine Änderung; die Löschung ist dann vom Registergericht durch Ordnungsstrafen zu erzwingen (§. 14). Über die gegenüber Dritten eintretende Wirkung des Unterlassens der Löschung des Vorstandsmitgliedes nach Aufhören seiner Bestellung vgl. §. 15 Anm. III A a, §. 242 Anm. II. Über Anmeldung von Stellvertretern für Vorstandsmitglieder vgl. § 242 Anm. III.

2. Änderung der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitgliedes. Was hierunter verstanden, ist nicht unzweifelhaft. Auf den Gebrauch des Wortes „Vertretungsbefugnis" statt „Vertretungsmacht" in § 125 Abs. 4 ist kein Gewicht zu legen. Beide Ausdrücke sind auch an anderen Stellen als gleichbedeutend gebraucht (§. 235 Anm. I a). Eine Änderung durch Unterermächtigung seitens der Gesamtvertreter (§. 232 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3) ist nicht als gemeint anzusehen (dagegen Pinner Anm. II), denn auch bei der offenen Handelsgesellschaft ist eine derartige Änderung der Vertretungsmacht nicht einzutragen (§. 125 Abs. 4), und es hätte nahe gelegen, klarer hervorzuheben (z. B. durch Anführung nicht nur des „§. 232 Abs. 2 Satz 2", sondern auch des „§. 232 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3"), wenn für den Vorstand der A.G. das Gegenteil gelten sollte. Gemeint ist ferner nicht eine Änderung der Vertretungsmacht durch Anordnung des Aufsichtsrats, denn dieser Fall ist noch außerdem ausdrücklich genannt (unten zu 3). Ebensowenig eine Änderung der Vertretungsbefugnis durch Beschluß der Generalversammlung (§. 235 Abs. 1), denn ein solcher Beschluß wirkt nicht für das Verhältnis zu Dritten. Hiernach bleibt wohl nur übrig eine Änderung der Vertretungsmacht infolge von Satzungsänderung. In diesem Falle ist aber ohnedies die Satzungsänderung als solche anzumelden (§. 277). Vielleicht ist beabsichtigt, durch die Bestimmung des §. 234 auszudrücken, daß in solchem Falle bei Anmeldung der Satzungsänderung auch auf die hierdurch geänderte Vertretungsmacht ausdrücklich hingewiesen werden soll, zumal der Registerrichter eine besondere diesbezügliche Eintragung zu bewirken hat (§. 277 Abs. 2, §. 198 Anm. III i).

3. Anordnung des Aufsichtsrats auf Grund des §. 232 Abs. 2 Satz 2. Eine solche Anordnung ist eintragungsfähig nur (§. 195 Anm. I g), wenn der Aufsichtsrat durch die Satzung zu einer derartigen Anordnung ermächtigt ist. — Nähme man (mit Johow X, 37; dagegen §. 231 Anm. II a) an, daß der Aufsichtsrat auch ermächtigt werden kann, über die Zahl der Vorstandsmitglieder Anordnung zu treffen, so würde die weitere Frage entstehen, ob auch eine derartige Anordnung zur Eintragung anzumelden, einzutragen und durch das Gericht bekanntzumachen sei (für Bejahung Johow X, 38).

e. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Auch der nicht eingetragene Vorstand einer eingetragenen A.G. (vgl. §. 200 Anm. II) ist vertretungsberechtigt (R.G. IX, 91). Gegen Dritte wirkt nicht schon die Anmeldung, sondern erst die Eintragung und Bekanntmachung; zur Anwendung kommt §. 15 (Denkschr. 140). Werden Vorstandsmitglieder auf Grund eines ungiltigen und noch (gemäß §. 271 oder in anderer Weise) angreifbaren Generalversammlungsbeschlusses eingetragen, so heilt die Eintragung nicht die Ungiltigkeit, und der Dritte kann die Vertretungsmacht des zu Unrecht Eingetragenen bestreiten (§. 15 Anm. III A c 1; dagegen R.O.H. XX, 210). Die Anmeldung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 14); die gegenteilige Ansicht Rudorffs ist irrig, da §. 319 hier nicht eingreift.

II. **Beizufügende Urkunden.** Beizufügen ist in der Regel das Protokoll, welches den betreffenden Beschluß der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats enthält. Gemeint ist für den Fall der Änderung in der Person wohl nur, daß die Bestellung der neuen Vorstandsmitglieder, nicht auch das Aufhören der Bestellung der ausscheidenden Vorstandsmitglieder urkundlich zu belegen ist (vgl. für das bisherige Recht Johow XVI, 25; dagegen im Grundsatz, aber ohne Durchführung des letzteren, L.G. I Berlin vom 11. Januar 1898 Bl.f.Rpfl. S. 14). Die Beifügung hat nur bei Anmeldung zum Handelsregister des Sitzes der A.G. zu erfolgen; den Anmeldungen zu den Registern der Zweigniederlassungen (§. 201 Anm. II) brauchen die Urkunden nicht nochmals beigefügt zu werden (§. 234 Abs. 2 Satz 2), der Richter der Zweigniederlassung ist insoweit an das Ergebnis der vorher erfolgten (§. 13 Abs. 2) Prüfung des Richters der Hauptniederlassung gebunden (vgl. §. 201 Anm. IV). Öffentliche Beglaubigung vgl. §. 12 Anm. I f, G.fr.Ger. §§. 167 ff., 191.

III. **Zeichnung der Unterschrift.** Die Fassung des §. 234 Abs. 3 weicht ab von derjenigen des entsprechenden §. 195 Abs. 4. Die Abweichung ist indessen wohl unbeabsichtigt, da beide Fälle ganz gleich liegen. Daher wird „Unterschrift" in §. 234 Abs. 3 als gleichbedeutend mit „Namensunterschrift" in §. 195 Abs. 4 auszulegen sein. Demgemäß wird auch im Falle des §. 234 Abs. 3 nur die Zeichnung der Namensunterschrift zu verlangen sein (ebenso Pinner Anm. V). Ist aber dies richtig, so wird zu folgern sein, daß eine solche neue Zeichnung überhaupt nur bei Änderung in der Zusammensetzung des Vorstandes zu verlangen ist, da bei Änderung nur der Vertretungsmacht die Namensunterschriften keine Änderung erleiden. Auch ist nur Zeichnung seitens der neu eintretenden Vorstandsmitglieder zu verlangen, da die Zeichnung der verbleibenden bereits bei Gericht aufbewahrt wird.

§. 235.

Beschränkung der Vertretungsbefugnis.

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes unwirksam. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsraths oder eines anderen Organs der Gesellschaft erfordert wird.

A.D.H. Art. 231. **Entw. I** §. 216. **Entw. II** §. 231.

§. 235.

I. **Vertretungsbefugnis des Vorstandes.**

a. **„Vertretungsbefugnis."** „Beschränkung der Vertretungsbefugnis" in §. 235 ist gleichbedeutend mit „Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht" in §. 126 Abs. 2. Genauer wäre es wohl, das im inneren Verhältnis bestehende Recht zur Vertretung und das im äußeren Verhältnis bestehende Recht zur Vertretung, da dies verschiedene Begriffe sind, mit verschiedenen Worten zu bezeichnen, etwa ersteres als Vertretungsbefugnis (als Teil der Geschäftsführungsbefugnis, §. 125 Anm. II a), letzteres als Vertretungsmacht. Auch beim gewöhnlichen Bevollmächtigten, der nach

bestimmten Anweisungen handeln soll, ist in der Regel die „Vertretungsmacht" in diesem Sinn größer als die „Vertretungsbefugnis" in diesem Sinn. Doch sind im H.G.B. beide Worte unterschiedslos gebraucht. In §. 235 Abs. 2 soll (da anderenfalls die Bestimmung selbstverständlich wäre) „Vertretungsbefugnis" das nach außen bestehende Recht zur Vertretung bezeichnen. Umgekehrt soll in §. 126 Abs. 2 (da anderenfalls das „Dritten gegenüber" überflüssig wäre) „Vertretungsmacht" zugleich das nach innen bestehende Recht zur Vertretung umfassen. Vgl. ferner z. B. in §. 125 Abs. 2 „ermächtigt" und „befugt", in §. 232 Abs. 2 „zur Vertretung befugt" und „Befugnis zu vertreten" verglichen mit dem entsprechenden §. 125 Abs. 3 „zur Vertretung ermächtigt", in §. 234 Abs. 1 „Vertretungsbefugnis" verglichen mit dem entsprechenden §. 125 Abs. 4 „Vertretungsmacht".

b. **Vorstand.** Der §. 235 behandelt nach seinem Wortlaut nur die Beschränkung des Vorstandes als Behörde, nicht seiner einzelnen Mitglieder (vgl. R.O.H. IX, 49). Dennoch findet Abs. 1 jedenfalls auch auf eine Beschränkung der einzelnen Vorstandsmitglieder entsprechende Anwendung (vgl. entsprechend §. 239 Anm. I, §. 240 Anm. III b 1) — allerdings nur vorbehaltlich etwaiger Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche aus dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis — und das Gebot richtet sich sogar in erster Reihe an die einzelnen Mitglieder, denn nicht die Behörde, sondern die einzelnen Mitglieder haften bei Übertretung des Verbots (§. 241). Aber auch Abs. 2 ist auf Beschränkungen einzelner Vorstandsmitglieder entsprechend anzuwenden, denn anderenfalls könnte durch Beschränkung aller einzelnen Vorstandsmitglieder dieselbe Wirkung erreicht werden, welche das Gesetz als eine Folge der Beschränkung „des Vorstandes" ausschließen will. Hierbei ist indessen zu beachten, daß §. 235 überhaupt nur den Umfang einer an sich gesetzlich vorhandenen Vertretungsmacht behandelt (unten Anm. III a). Unter §. 235 fällt daher nicht die gesetzliche Beschränkung des §. 232, wonach die Vertretungsmacht in der Regel nur Gesamtvertretungsmacht ist (R.O.H. III, 184). Ebensowenig (a. M. Pinner Anm. III 2 a) eine Beschränkung, daß die betreffende Person nur auf Zeit Vorstandsmitglied sein soll (§. 242 Anm. II), denn mit dem Aufhören der Eigenschaft als Vorstandsmitglied erlischt die Vertretungsmacht überhaupt.

II. **Umfang der Vertretungsbefugnis** (im Verhältnis zur **Gesellschaft**). Die Beschränkungen durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß sind nicht die einzigen, welche der Vorstand zu beachten verpflichtet ist; insbesondere hat der Vorstand die Generalversammlung zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft in nicht dringenden Fällen es erfordert, vor Ausübung einer Vertretungshandlung einen Generalversammlungsbeschluß herbeizuführen (R.G. XXXV, 87); auch hat er vertragsmäßige Beschränkungen einzuhalten (K.B. 72). Über den Fall eines Widerstreits zwischen dem Inhalt des Anstellungsvertrages und einem beschränkenden Generalversammlungsbeschluß vgl. §. 231 Anm. III. Eine Beschränkung bei Bestellung von Prokuristen enthält §. 238. Eine durch §. 235 Abs. 1 verbotene Überschreitung enthält auch ein satzungswidriger Erlaß in Fällen, in welchen der Erlaß nicht gemäß §. 221 nichtig ist, z. B. eine nach der betreffenden Satzung unzulässige Befreiung eines Aktionärs von wiederkehrenden Leistungen (R.G. XVII, 3). Die Vorstandsmitglieder können verpflichtet werden, den Weisungen des Aufsichtsrats zu gehorchen (R.O.H. XIX, 60, XXI, 376, O.L.G. Hamburg v. 14. April 1887 Z.f.H. Bd. 35 S. 247, R.G. v. 25. Mai 1897 Holdheim Ztschr. 1898 S. 86); durch eine derartige Weisung werden sie indessen nicht gegen einen Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gemäß §. 241 Abs. 3, 4 gedeckt; ebensowenig gegen Bestrafung im Falle strafbarer Handlungen (R.G. in Strfſ. VII, 282). Auch ist nicht zulässig, dem Aufsichtsrat die Vertretung der Gesellschaft ganz allgemein zu übertragen, wenn auch unter äußerlicher Beibehaltung eines Vorstandes (R.G. v. 25. Mai 1897 Holdheim Ztschr. 1898 S. 86). Gesetzwidrige oder satzungswidrige Beschlüsse der Generalversammlung zu be-

folgen, ist der Vorstand auch im Verhältnis zur Gesellschaft nicht verpflichtet (vgl. §. 241 Anm. II b; dagegen Rudorff und Cosack §. 116 IV 8 f unter Hinweis auf §. 271 Abs. 4). Nur der Gesellschaft gegenüber (vgl. §. 204 Anm. III) besteht die Verpflichtung zur Einhaltung der durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß festgesetzten Beschränkungen (vgl. jedoch auch unten Anm. III c 2). Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung sind für die Frage, ob Schadensersatzpflicht eintritt, die Bestimmungen des §. 241 maßgebend. Absichtlich zum Nachteil der A.G. erfolgendes Handeln ist strafbar gemäß §. 312.

III. **Umfang der Vertretungsmacht** (im Verhältnis zu Dritten).

a. **Gesetzlicher Umfang.** Der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes der A.G. ist ein sehr weiter. Der Vorstand vertritt die A.G. „gerichtlich und außergerichtlich" (§. 231 Abs. 1; vgl. §. 126 Anm. I b). Ein Antrag, die Vertretungsmacht auf den satzungsgemäßen Gegenstand des Unternehmens oder doch auf den Abschluß von Handelsgeschäften zu beschränken, wurde abgelehnt (P. 1061). Die Vertretungsmacht besteht daher auch für Handlungen außerhalb des Gegenstandes des Unternehmens (dagegen Pinner Anm. III 1 a). Eine Begrenzung ergiebt sich indessen aus denjenigen gesetzlichen Vorschriften, durch welche bestimmte Vertretungshandlungen anderen Gesellschaftsbehörden zugewiesen werden (z. B. in §. 247 Abs. 1, §. 268 Abs. 2, §. 272 Abs. 1) oder doch die Wirksamkeit des (vom Vorstand zu erklärenden, §. 205 Anm. IV a) Vertragsabschlusses an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde geknüpft ist (z. B. in §. 207 Abs. 1, vgl. §§. 205, 270), ferner aus dem Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte (z. B. Erlaß von Einlagen §§. 221, 289 Abs. 4; Rechtsgeschäfte mit sich selbst B.G. §. 181, vgl. H.G.B. §. 126 Anm. I e; vorbehaltslose Zusicherung von Bezugsrechten H.G.B. §. 283).

b. **Beschränkung.**

1. Nur eine durch besondere Willenserklärung erfolgte (im Gegensatz zu einer gesetzlichen) Beschränkung ist hierunter verstanden. Eine solche Willenserklärung kann insbesondere durch Satzungsbestimmung, Anstellungsvertrag oder Generalversammlungsbeschluß erfolgt sein. Der §. 235 Abs. 2 nennt einzelne Beispiele solcher Beschränkungen. Der erste Teil dieser Beispiele enthält eine Wiederholung der Beispiele des §. 126 Abs. 2. Hinzugefügt ist die Erwähnung der Beschränkung durch Bindung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde. So ist z. B. wirkungslos gegenüber Dritten die Beschränkung, daß bei Rechtsgeschäften über mehr als 1500 Mk. die Mitzeichnung eines Aufsichtsratsmitgliedes erforderlich sei (Johow III, 14), oder daß alle die Gesellschaft verpflichtenden Urkunden von einem Mitglied des Aufsichtsrats mit vollzogen werden müssen (R.O.H. VI, 133), oder daß (insoweit dies nicht schon aus gesetzlichen Formvorschriften folgt) nur schriftliche Erklärungen des Vorstandes bindend für die A.G. seien (R.O.H. XII, 35). Erheblich dagegen ist auch gegenüber Dritten eine etwa vorhandene gesetzliche Beschränkung des Vorstandes, insbesondere der Mangel der gesetzlich notwendigen Zustimmung einer Gesellschaftsbehörde in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz bereits die Vertretungsmacht des Vorstandes entsprechend beschränkt (oben Anm. III a). Eine Ausnahme hiervon bildet §. 238 Satz 2, welcher bestimmt, daß auch die gesetzliche Beschränkung des Vorstandes, wonach er nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats einen Prokuristen bestellen darf, Dritten gegenüber ohne Wirkung ist. Zweifelhaft ferner ist, ob das letztere auch für die Zustimmungserklärung der Gesellschaft zur Uebertragung derjenigen Anteilrechte gilt, zu deren Uebertragung nach §. 222 Abs. 4 die Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung erforderlich ist (§. 222 Anm. V b 1).

2. Insbesondere Beschränkung auf Zweigniederlassung. In §. 235 nicht wiederholt ist der Vorbehalt der §§. 50 Abs. 3 und 126 Abs. 3, wonach bei Prokuristen und Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Betrieb einer von mehreren unter verschiedenen Firmen betriebenen Niederlassungen zulässig ist. Hiernach ist bei dem Vorstand einer Aktiengesellschaft auch eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes ohne Wirkung gegenüber Dritten (dahingestellt Johow XII, 34). Nimmt man überhaupt an, daß eine A.G. mehrere Firmen haben kann (§. 17 Anm. III c; vgl. auch §. 50 Abs. 3 Satz 2), so ist indessen wegen der Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung der Prokura die Einräumung einer so beschränkten Gesamtvertretungsmacht an Vorstandsmitglied und Prokuristen (§. 232 Anm. III) für zulässig zu erachten. Den selbständigen Leitern einer Zweigniederlassung, welche nicht Vorstandsmitglieder sind, kann nicht (wie R.O.H. XXII, 283 annimmt) die volle Vertretungsmacht, wie sie allein dem Vorstand zukommt, beigelegt werden; derartige Leiter sind vielmehr nur Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte mit der für solche maßgebenden Vertretungsmacht (vgl. Johow XII, 34).
3. Eine etwa zu Unrecht erfolgte Eintragung der Beschränkung in das Handelsregister ändert nichts an deren Unwirksamkeit (§. 15 Anm. III A c 2; vgl. Johow III, 14). Insbesondere über die Eintragung einer Zeitbeschränkung vgl. §. 234 Anm. I d 1.
4. Vollständige Entziehung der Vertretungsmacht. Hierüber vgl. §. 232 Anm. IV.

c. **Unwirksamkeit einer Beschränkung.**

1. Gegenüber Dritten. Da das Gesetz nicht unterscheidet, so wird die Unwirksamkeit etwaiger Beschränkungen nicht nur zu Gunsten des Dritten anzunehmen sein (entsprechend §. 186 Anm. VI; ebenso Rudorff zu §. 238). Auch der Dritte kann sich auf eine etwa vorhanden gewesene Beschränkung nicht berufen und nicht etwa einen von ihm mit dem Vorstand abgeschlossenen Vertrag darum für hinfällig erklären, weil der Vorstand in seiner Vertretungsmacht beschränkt gewesen sei.
2. Dritter. Vgl. §. 126 Anm. II a. Die Aktionäre, soweit sie auf Grund ihrer Mitgliedschaft (insbesondere wegen rückständiger Einlagen) in Anspruch genommen werden sollen, sind nicht „Dritte“ im Sinn des §. 235 Abs. 2 (R.G. XXIV, 59 gegen R.O.H. VII, 417, IX, 70); denn da die Übernahmeerklärung nur unter Zugrundelegung eines bestimmten Satzungsinhalts abgegeben ist, so ist eine etwa in der Satzung enthaltene Beschränkung des Vorstandes als für jene Erklärung bedingend anzusehen, so daß z. B. gegenüber der Einforderung seitens des Vorstandes der Aktionär geltend machen kann, daß die durch Satzung vorgeschriebene vorhergehende Anordnung der Einforderung durch den Aufsichtsrat fehle (R.G. XXIV, 59). Dagegen ist Dritter der Aktionär, wenn er nicht als Mitglied, sondern als Vertragsgegner der A.G. in Betracht kommt. Ebenso die Vorstandsmitglieder und sonstigen Beamten der A.G., wenn sie nicht als Vertreter, sondern als Vertragsgegner der A.G. auftreten (R.O.H. VI, 140, XIV, 91, R.G. VII, 120; dagegen R.O.H. XIX, 336). Nicht zweifellos ist, ob auch in den öffentlich rechtlichen Beziehungen die öffentliche Behörde (z. B. das Registergericht) als „Dritter“ im Sinne des §. 235 Abs. 2 (und §. 238 Satz 2) zu gelten hat. Die Frage wird wohl bejaht werden müssen, da das Gesetz nicht unterscheidet (vgl. jedoch §. 5 Anm. II).
3. Kenntnis des Dritten von der Beschränkung macht an sich die Beschränkung nicht wirksam. Anders bei Mitwirken des Dritten bei einer strafbaren oder gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung zum Nachteil der A.G. (§. 126 Anm. I f; ferner R.O.H. V, 295, VI, 134, XIX, 336, R.G. XXII, 75, vgl. K.B. 72).

§. 236. **Verbot von Sondergeschäften.**

Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch dasjenige Organ der Gesellschaft ertheilt, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt.

Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Mitgliede verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Vorstandsmitgliedes an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

A.D.H. Art. 232. **Entw. I** §. 217. **Entw. II** §. 232.

§. 236.

I. **Verbot.** Vgl. §. 60 Anm. I, §. 112 Anm. I.

a. **Gesetzgeberischer Grund** ist, daß die Vorstandsmitglieder im Zweifel verpflichtet sind, ihre volle Thätigkeit ungeschmälert der Gesellschaft zu widmen (Denkschr. 140), zugleich aber auch die Verhütung des Wettbewerbs (§. 112 Anm. Ia). Letzteres allein soweit das Verbot des Geschäftmachens in Frage steht, da nur so die Beschränkung des Verbots auf den Handelszweig der Gesellschaft zu erklären ist.

b. **Inhalt.** Der Inhalt des Verbots entspricht im wesentlichen dem entsprechenden für Handlungsgehilfen erlassenen Verbot, es ist weiter reichend als das entsprechende für persönlich haftende Gesellschafter erlassene Verbot (Denkschr. 140). Das Verbot findet nicht Anwendung auf Mitglieder des Aufsichtsrats, welche behinderte Mitglieder des Vorstandes vertreten (§. 248 Abs. 1 Satz 3).

1. Handelsgewerbe betreiben. Ebenso §. 60, wo aber hierin die Teilnahme an einer Handelsgesellschaft mitbegriffen ist (§. 1 Anm. II E), während §. 236 beides unterscheidet. Handelsgewerbe vgl. §§. 1—3.

2. Geschäftmachen in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung. Ebenso §. 60 und §. 112. Vgl. §. 60 Anm. I, §. 112 Anm. Ic. Zulässig ist hiernach auch nicht die Annahme der Stellung als Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft desselben Geschäftszweiges. Wohl aber die Stellung als Aufsichtsratsmitglied einer solchen Gesellschaft, da der Aufsichtsrat im wesentlichen nur die Stellung einer aufsichtführenden, nicht die einer selbständig Geschäfte abschließenden Behörde hat (Staub Art. 232 §. 4). Handelszweig der Gesellschaft ist wohl nur der Kreis der thatsächlich von ihr betriebenen Geschäfte, nicht der in der Satzung angegebene „Gegenstand des Unternehmens" (ähnlich Ring Art. 232 Anm. 1; dagegen Staub Art. 232 §. 5); die Beschränkung des Verbots auf den Handelszweig zeigt, daß nur der Wettbewerb verhütet werden soll (oben Anm. Ia); die Gefahr eines Wettbewerbs ist aber nur

vorhanden, soweit die Gesellschaft thatsächlich dergleichen Geschäfte betreibt. Bei einer A.G., die Bankgeschäfte betreibt, fallen eigene Spekulationsgeschäfte der Vorstandsmitglieder (in von Banken gehandelten Werten) unter das Verbot (K.B. 73). — Nicht verboten ist der Abschluß von Geschäften seitens einzelner Mitglieder des Vorstandes mit der Gesellschaft (M. 229; vgl. §. 247 Abs. 1, §. 126 Anm. Ie).

3. Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Dies ist nicht erwähnt in §. 60, aber dort unter dem allgemeinen Verbot des Betreibens eines Handelsgewerbes mitbegriffen, sogar ohne Beschränkung auf das Betreiben als persönlich haftender Gesellschafter. In §. 112 ist das entsprechende Verbot beschränkt auf das Teilnehmen als persönlich haftender Gesellschafter an einer gleichartigen Handelsgesellschaft. Vgl. §. 112 Anm. Id. Unter der Bezeichnung „persönlich haftender Gesellschafter" sind nach dem Sprachgebrauch des H.G.B. Kommanditisten nicht einbegriffen (§. 112 Anm. Id; vgl. §. 161 Anm. Ic 1).

c. **Dauer.** Vgl. §. 60 Anm. I, §. 112 Anm. Ie. — Über die Grenzen der Zulässigkeit vertraglicher Beschränkung des Wettbewerbs für die Zeit nach Aufhören der Eigenschaft als Vorstandsmitglied vgl. §. 74 Anm. I, II, VIII.

d. **Übergangsbestimmung.** Für diejenigen Personen, welche bei Inkrafttreten des H.G.B. Vorstandsmitglieder einer A.G. sind, enthält E.G. z. H.G.B. Art. 27 eine Milderung des Verbots.

II. **Einwilligung.** Vgl. §. 60 Anm. II, §. 112 Anm. IIa. Dadurch, daß nur die „Einwilligung" (= vorherige Zustimmung, B.G. §. 183) genannt ist, soll wohl nicht die Wirksamkeit einer Genehmigung (= nachträgliche Zustimmung, B.G. §. 184) ausgeschlossen werden (ebenso Pinner Anm. II 3a). Eine solche wird in der Regel in andauernder Duldung trotz Kenntnis liegen (dagegen Pinner Anm. II 3b). Eine unwiderlegbare Vermutung allerdings, wie sie in §. 60 Abs. 2 und §. 112 Abs. 2 enthalten, ist in den §. 236 nicht aufgenommen. Die Genehmigung — wenn sie überhaupt zulässig — muß durch dieselbe Behörde erteilt sein, welche nach §. 236 einzuwilligen hat (dagegen Pinner Anm. II 3a). Daß das „Erteilen der Einwilligung" in bestimmter Form, insbesondere durch förmlichen Beschluß, geschehen müsse, ist aus §. 236 Abs. 1 Satz 2 wohl nicht abzuleiten (a. M. nach bisherigem Recht Staub Art. 232 §. 6), vielmehr wohl z. B. Kenntnis und dauernde Duldung seitens aller Mitglieder (oder der Mehrzahl? vgl. Anm. IV) der betreffenden Behörde als genügend anzusehen. Andererseits kann aus Abs. 3 nicht (wie Esser Anm. 4, 5 annimmt) etwas darüber gefolgert werden, ob auch stillschweigende Genehmigung zulässig sei; denn Abs. 3 handelt nur von den in Abs. 2 aufgeführten Ansprüchen, während doch noch andere Ansprüche aus der Nichtgenehmigung folgen können, und er nennt als kenntnisnehmend andere Personen als die bei Erteilung der Genehmigung in Betracht kommenden. — Ist ein Dritter berechtigt, den Vorstand zu bestellen (§. 231 Anm. IIa), so wird wohl anzunehmen sein, daß der Gesellschaft ebenso wie das Recht des Widerrufs (§. 231 Anm. Vb), so auch das Recht der Einwilligung zum Sonderbetrieb vorbehalten bleibt; und zwar wird dann die Generalversammlung zuständig für die Erteilung sein (B.G. §. 32).

III. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. §. 61 Anm. I, II, §. 113 Anm. I. Die Wahl zwischen dem Verlangen auf Schadensersatz und der Ausübung des Eintrittsrechts sowie die fernere Verfolgung des gewählten Anspruchs kann, wenn der Vorstand ohne das in Anspruch zu nehmende Vorstandsmitglied noch vertretungsberechtigt ist, durch den Vorstand erfolgen. Daneben kann die Wahl jedenfalls auch durch den Aufsichtsrat ausgeübt werden (denn auch die einseitige Willenserklärung ist ein „Rechtsgeschäft", B.G. Buch I Abschn. 3 Überschrift), die Verfolgung im Rechtswege zwar gleichfalls durch den Aufsichtsrat, aber nur in Ausführung eines diesbezüglichen Beschlusses der General-

versammlung (§. 247 Abs. 1). — Die in §. 236 Abs. 2 genannten Folgen sind nicht notwendig die einzigen; so kann die Handlung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages abgeben (§. 61 Anm. I, Esser Anm. 6). In der Nichtverfolgung der Ansprüche kann eine Verletzung der Obliegenheiten von Vorstand und Aufsichtsrat (§§. 241, 249) liegen (K.B. 73).

IV. **Verjährung.** Vgl. §. 61 Anm. III, §. 113 Anm. IV. Die Verjährung erstreckt sich nur auf die in §. 236 Abs. 2 erwähnten Ansprüche, nicht auch auf sonstige Ansprüche der Gesellschaft; dies folgt aus der Vergleichung mit §§. 61, 113. „Die", d. h. „alle" (§. 113 Anm. IV) übrigen Vorstandsmitglieder und „der Aufsichtsrat" müssen Kenntnis haben, damit die dreimonatliche Verjährung beginnen kann. Zweifelhaft ist, was unter Kenntnis „des Aufsichtsrats" verstanden werden soll. Die M. 208 bemerken: „Jedenfalls würde es zu weit gehen, wenn gefordert würde, daß alle Aufsichtsratsmitglieder den Abschluß erfahren haben, vielmehr wird es für ausreichend zu erachten sein, daß eine zur Beschlußfassung genügende Anzahl derselben den Abschluß kannte, da solchenfalls der Aufsichtsrat in der Lage war, von dem der Gesellschaft beigelegten Rechte Gebrauch zu machen". H. Makower 11. Aufl., Art. 232 Anm. 10, Rudorff zu Abs. 3, Pinner Anm. IV 3, Staub Art. 232 §. 12 und Behrend §. 126 Anm. 11 verlangen offizielle Kundmachung an den Aufsichtsrat und halten private Kenntnis nicht für genügend. Esser Anm. 5 nimmt eine Mittelstellung ein. Da indessen die Rechtsprechung allgemein dazu neigt, die Kenntnis einer Gesellschaftsbehörde selbst dann als vorhanden anzunehmen, wenn nur eines der einzel- oder gesamtvertretenden Mitglieder private Kenntnis erlangt hat (R.G. v. 2. Februar 1885 in Gruchot Bd. 29 S. 704, R.G. v. 22. Febr. 1893 J.W. S. 429, vgl. R.G. v. 12. Novbr. 1898 J.W. 1899 S. 46 Nr. 47), so wird dasselbe wohl auch hier anzunehmen, mithin die Kenntnis auch nur eines Aufsichtsratsmitgliedes als genügend anzusehen sein (ebenso Ring Art. 232 Anm. 3, Förtsch Art. 232 Anm. 2). Hat das Aufsichtsratsmitglied versäumt, dem versammelten Aufsichtsrat Mitteilung von der erlangten Kenntnis zu machen, so kann hierin eine Obliegenheitsverletzung (§. 249) liegen.

§. 237. **Gewinnanteil.**

Wird den Mitgliedern des Vorstandes ein Antheil am Jahresgewinne gewährt, so ist der Antheil von dem nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** —

§. 237.

I. **Gewährung eines Anteils am Jahresgewinn.** Vgl. §. 59 Anm. II b.

a. **Gewähren.** Das „Gewähren" (und ebenso in §. 245 Abs. 1 das „Erhalten") ist die Voraussetzung für das „Berechnen". Daher ist trotz des unklaren Wortlauts unter „Gewähren" (bezw. „Erhalten") nur die Zusage des Gewinnanteils, nicht die Zahlung zu verstehen. Der §. 237 schreibt nur — je nachdem, wie man ihn auslegt — entweder eine bestimmte Beschränkung für die Zusage oder eine bestimmte Auslegung einer Zusage vor, jedenfalls aber nicht eine Beschränkung für Zahlungen. Wenn z. B. die Generalversammlung beschließt, den Vorstandsmitgliedern sollen 10000 Mark außergewöhnliche Belohnung für das betreffende Geschäftsjahr gezahlt werden, so ist es unerheblich, ob hierfür der Beweggrund maßgebend war, dies seien 10% von dem ohne Berücksichtigung von Abschreibungen oder Rücklagen erzielten Jahresüberschuß von 100000 Mk. Ob eine etwa geleistete Zahlung zurückgefordert werden kann, ist nur aus den Vorschriften über Leistung einer Nichtschuld

(B.G. §§. 812 ff.) ableitbar, und §. 237 kann hierbei nur für die Frage in Betracht kommen, ob eine Schuld bestand. — In welcher näheren Weise das „Gewähren" (= Zusagen) geschieht, ist unerheblich. Es kann insbesondere vorkommen im Anstellungsvertrag, in der Satzung, in Beschlüssen der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats (K.B. 73).

b. **Jahresgewinn.** Dies Wort ist in von einander verschiedenem Sinne gebraucht in §. 121 (§. 120 Anm. I c) und §. 214 (§. 214 Anm. IV a). Wollte man annehmen, daß §. 237 nur eine Auslegung des in Zusagen an den Vorstand etwa enthaltenen Wortes „Jahresgewinn" geben will, so würde die angegebene Berechnungsart garnicht auf den in §. 121 vorausgesetzten Begriff, vielmehr eher — wenn auch nicht genau (und in §. 245 Abs. 1 garnicht) — auf den in §. 214 vorausgesetzten Begriff passen. Giebt man dagegen der Ansicht den Vorzug, wonach §. 237 keine Auslegungsvorschrift, vielmehr eine Beschränkung für Zusagen enthält, so steht hier „Anteil am Jahresgewinn" nur in dem losen Sinn von „Gewinnanteil überhaupt". Der §. 237 ist daher z. B. auch dann anwendbar (für die Feststellung dessen, was als „Gewinn" zu gelten hat), wenn den Vorstandsmitgliedern ein Anteil in Höhe des vorjährigen Gewinns oder ein Anteil vom Durchschnitt des Gewinns der drei letzten Jahre gewährt wird (dagegen Sten. Ber. 93). Dagegen ist unbeschränkt zulässig z. B. die Zusage eines Anteils vom Jahresumsatz oder die Zusage eines festen Mindestbetrages des versprochenen Gewinnanteils (Pinner Anm. I). Überdies steht nichts im Wege, daß die Generalversammlung auch ohne daß überhaupt eine Zusage gegeben war, nachträglich bestimmte Summen als Vergütung bewilligt (§. 243 Anm. II f).

II. **Berechnung des Gewinnanteils.**

a. **Enthält §. 237 zwingendes Recht?** Der §. 237 (und der entsprechende §. 245 Abs. 1) ist erst durch den Reichstag eingefügt (K.B. 73, 76, Sten. Ber. 94, 115, 116). Die Bestimmung ist, wenn zwingend, für sachlich schädlich zu erachten, weil sie Rücklagen zu verhindern geeignet ist (Esser Anm. 1). Die Fassung ist in mehrfacher Hinsicht unklar. Liest man den §. 237 für sich allein, so wird man zunächst zu der Ansicht verleitet, daß er eine Vorschrift enthalte, wie berechnet werden solle, wenn in einem Einzelfall ein „Anteil am Jahresgewinn" gewährt sei. Hierdurch würde aber nicht ausgeschlossen werden, daß in einem anderen Einzelfall, z. B. ein „Anteil am Jahresgewinn und außerdem an den Rücklagen" zugesagt würde, und ein solcher Fall würde dann überhaupt nicht unter den § 237 fallen, denn für den Fall einer derartigen Zusage enthält §. 237 nach seinem Wortlaut keine Berechnungsvorschrift. Eine derartige Auslegung des §. 237 würde ihm alles sachlich Bedenkliche nehmen; sie kann indessen wohl nicht aufrechterhalten werden. Denn in §. 245 Abs. 1 findet sich (in Anwendung auf Mitglieder des Aufsichtsrats) die entsprechende Vorschrift verkoppelt mit einer anderen, wonach bei der Berechnung des Anteils auch mindestens 4 vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals vorweg abzuziehen sind, und bei den Beratungen ist ausdrücklich festgestellt, daß dieser (gleichfalls in die Form einer bloßen Berechnungsvorschrift eingekleidete) Abzug von 4 vom Hundert (ja sogar der ganze „Absatz 1" des §. 245) eine für die Aktionäre bindende (also öffentlich-rechtliche) Vorschrift darstelle, welche nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung oder Generalversammlungsbeschluß sei (Sten. Ber. 115). Will man daher nicht im § 245 Abs. 1 von den beiden dort gemeinsam gegebenen Berechnungsvorschriften nur die eine als zwingend, die andere aber als änderbar auffassen, so kann man auch den §. 237 nicht so, wie oben vorausgesetzt, auslegen. Vielmehr ist dann in §. 237 die Vorschrift zu finden, daß den Vorstandsmitgliedern ein Gewinnanteil nur in der Weise gewährt werden kann, daß der Anteil so wie §. 237 vorschreibt, berechnet wird. Dann enthält aber §. 237 — was aus der Fassung nicht erkennbar — eine zwingende Beschränkung des **Gewährens** von Gewinn-

anteilen an Vorstandsmitglieder: das Gewähren eines Gewinnanteils an Vorstandsmitglieder soll nach öffentlichem Recht nur in der Weise zulässig sein, daß der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen ist. Ist aber dies der wahre Sinn, den der Gesetzgeber mit den Worten des §. 237 verbinden wollte, so ergiebt sich weiter, daß nun nicht daneben noch ein zweiter Sinn, nämlich nicht der Sinn einer Auslegungsvorschrift mit §. 237 verbunden werden kann, daß mithin dasjenige, was aus der Fassung des §. 237 zunächst zu entnehmen wäre, nicht gilt. Wird ein Gewinnanteil gewährt (mag der Ausdruck „Anteil am Jahresgewinn" gebraucht sein oder nicht), so wird (ohne Rücksicht auf den §. 237) zu ermitteln sein, was die Beteiligten hierunter verstanden haben (B.G. §. 133). Ergiebt sich, daß sie gewollt haben, der Anteil solle von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn berechnet werden, so ist die Gewährung giltig und die Berechnung gemäß jenem Willen der Beteiligten zu bewirken. Ergiebt sich dagegen, daß sie eine andere Art der Berechnung (welche für die Gesellschaft ungünstiger ist oder doch in einzelnen Jahren ungünstiger sein kann) gewollt haben, so ist die diesbezügliche Festsetzung für nichtig zu erachten (B.G. §. 134). Es wird wohl nicht angängig sein, auf den letzteren Fall den Wortlaut des §. 237 etwa in der Weise anzuwenden, daß man die betreffende Festsetzung nicht beachtet, sie aber auch nicht als nichtig ansieht, sondern an deren Stelle den §. 237 treten läßt; denn unter Umständen könnte in einzelnen Jahren hieraus ein für die Gesellschaft ungünstigeres Ergebnis folgen als aus der Festsetzung. Lautete z. B. die Festsetzung dahin: „von dem bei Nichtberücksichtigung von Rücklagen ermittelten Gewinn ist ein fester Betrag von 20 000 Mk. Entgelt für die Aufsichtsratsmitglieder abzusetzen und vom Rest 10% an die Vorstandsmitglieder zu verteilen" und betrug der Gewinn 100 000 und eine Rücklage 10000, so würden gemäß der Festsetzung die Vorstandsmitglieder 8000 erhalten. Wollte man die Festsetzung nicht, dagegen ausschließlich den §. 237 zu Grunde legen, so würden die Vorstandsmitglieder 9000 beanspruchen können. Eine Anwendung etwa in der Weise, daß man sagte, sie könnten nur 10% von 100 000 — 20000 — 10000 = 7000 erhalten, ist ausgeschlossen, denn §. 237 schreibt nicht vor, daß die Rücklagen auch dann abzuziehen seien, wenn den Vorstandsmitgliedern ein Anteil an einem Kapital gewährt wird, welches geringer ist als der Jahresgewinn abzüglich Rücklagen. Man kann auch nicht etwa für jedes einzelne Jahr diejenige der ersteren beiden Berechnungen wählen, welche günstiger für die Gesellschaft ist, denn dann käme die Wirkung des §. 237 auf eine Beschränkung für Zahlungen heraus; eine solche war aber nicht beabsichtigt (oben Anm. I a). — Nur in der Weise kann der §. 237 für die Auslegung des Vertragswillens herangezogen werden, daß man im Zweifel anzunehmen haben wird, daß die Beteiligten eine dem Gesetz entsprechende Zusage des Gewinnanteils beabsichtigt haben (vgl. auch B.G. §. 140).

b. **Nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibender Reingewinn.** Wie im Vordersatz „Jahresgewinn" (oben Anm. I b), so ist hier „Reingewinn" nur in losem Sinne gebraucht. Es bedeutet hier (und in §. 245 Abs. 1) nur „Rest des Reingewinns". Sowohl wegen dieses ungenauen Gebrauchs des Wortes „Reingewinn", wie auch wegen der zu den Bestimmungen des §. 261 nicht passenden allgemeinen Gleichstellung von Abschreibungen und Rücklagen ist im einzelnen nicht ganz unzweifelhaft, welche Art der Berechnung dem Gesetzgeber vorschwebte. Vermutlich ist folgende Berechnungsart gemeint: Auszugehen ist von dem „Gewinn" im Sinne des §. 261 Ziff. 6 (bei diesem sind bereits berücksichtigt alle Abschreibungen und die diesen gleichstehende Zuschreibung zum Erneuerungsfonds oder anderen Bewertungskonten, mitunter auch eine stille Rücklage in Form einer das gesetzliche Mindestmaß über-

34*

steigenden Abschreibung oder einer zu niedrigen Bewertung); von dem „Gewinn" ist abzuziehen der vorjährige Gewinnvortrag; hierdurch ergiebt sich der „jährliche Reingewinn" im Sinne des §. 262 Ziff. 1 (§. 262 Anm. II a 1); hiervon sind alle Rücklagen (vgl. §. 271 Abs. 3 Satz 2) abzuziehen, gesetzliche, satzungsgemäße und freiwillige. Dagegen Pemsel bei Holdheim Ztschr. 1898 S. 248, welcher nur die behufs Feststellung des „Gewinns" im Sinne des §. 261 Ziff. 6 gemachten Rücklagen und stille Reserven für abzugsfähig hält; hierzu scheint auch Simon, Bilanzen §. 41 zu neigen; gegen Pemsel: Esser Anm. 3, Pinner Anm. II 2. Vgl. auch Keyßner in Z.f.H. Bd. 48 S. 514. Gegen die einschränkende — sachlich wünschenswerte — Auslegung Pemsels entscheidend ist die Erwähnung eines freiwilligen Dividendenergänzungsfonds als einer derartigen „Rücklage" in K.B. 73. Unter „Rücklagen" wird man daher hier sowohl die Beiträge zu Reservefonds (§. 261 Anm. XI b) oder zu stillen Rücklagen wie auch die Zuschreibungen zu Bewertungskonten (§. 261 Anm. XI c) zu verstehen haben. Zu den vorweg abzuziehenden Rücklagen gehört hiernach insbesondere ein Beitrag zum Zwangsreservefonds (§. 262 Ziff. 1) und zu einem freiwilligen Dividendenergänzungsfonds (K.B. 73, §. 215 Anm. III d) oder einem anderen freiwilligen Reservefonds (§ 262 Anm. III); aber auch jeder (in Wahrheit keine Rücklage enthaltende) Beitrag zu einem Bewertungskonto (§. 261 Anm. XI c), wenn er — statt wie hätte geschehen sollen, vor Feststellung eines Gewinnes — thatsächlich erst von dem festgestellten Gewinne abgeschrieben wird. Nicht abzuziehen, trotzdem darin eine Rücklage liegt, ist der für das folgende Jahr gemachte Gewinnvortrag (dagegen Esser Anm. 2); denn sonst würden die Vorstandsmitglieder von diesem Teil des Gewinnes weder im laufenden noch (wenn die oben angegebene Berechnungsart zutreffend) im folgenden Jahr einen Anteil erhalten. Keine Rücklage liegt in der Bildung eines sogenannten Reservefonds, welcher der Einziehung von Anteilrechten entspricht (§. 227 Anm. I c 2). Für den Ausgangspunkt der Berechnung, den in der Bilanz ausgeworfenen Gewinn, muß die Gesellschaft die thatsächlich festgestellte Bilanz, solange sie nicht auf verfassungsmäßigem Wege allgemein wieder beseitigt ist, auch gegen sich gelten lassen, selbst wenn sie unrichtig aufgestellt sein sollte (R.G. XI, 163).

Bestellung eines Prokuristen. §. 238.

Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths bestellen. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

A.D.H. Art. 234. **Entw. I** §. 218. **Entw. II** §. 233.

§. 238.

I. **Prokura.** Die allgemeinen Bestimmungen (§§. 48—53) kommen auch auf die Prokura bei Aktiengesellschaften zur Anwendung. Über den Fall der Gesamtprokura eines Prokuristen mit einem Vorstandsmitgliede vgl. §. 232 Anm. III. Über Prokuristen während Liquidation vgl. §. 298 Abs. 4.

a. **Anmeldung.** Die Anmeldung der Erteilung und des Erlöschens der Prokura (§. 53) ist zu bewirken durch den Vorstand, d. h. durch Mitwirken derjenigen Vorstandsmitglieder, deren Mitwirken für die Vertretung der Gesellschaft allgemein genügt (§. 234 Anm. I c).

b. **Vertretungsmacht.** Der Prokurist vertritt die Gesellschaft, nicht etwa den Vorstand (Staub Art. 234 §. 1); mithin haften für ein Verschulden des Prokuristen die Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten garnicht, und gegenüber der

Gesellschaft nur insoweit sie bei Bestellung oder Nichtentlassung ihre Pflicht versäumt haben (§. 241 Abs. 2). Der Prokurist ist nicht ermächtigt, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche im Verhältnis nach innen dem Vorstand als solchem obliegen; er kann daher z. B. nicht die Generalversammlung berufen (Staub Art. 234 §. 5, Esser Anm. 7) oder seinerseits einen Prokuristen bestellen (§. 49 Anm. III b).

c. **Umfang der Vertretungsmacht.** Nach §. 49 Abs. 1 ermächtigt die Prokura „zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt" (§. 49 Anm. II b). Es ist zweifelhaft, in welcher Weise diese Bestimmung anwendbar auf A.G. ist, da eine A.G. bestehen kann, ohne daß ein Handelsgewerbe oder überhaupt ein Gewerbe betrieben wird. Staub Art. 234 §. 5 nimmt an, daß der gesetzliche Umfang der Prokura bei A.G. sich erstrecke „auf den Betrieb eines jeden Gewerbes einer A.G., außer auf die Veräußerung oder auf die Belastung von Grundstücken, dies selbst dann nicht, wenn es sich um eine Immobilienaktiengesellschaft handelt". Ebenso Ring Art. 234 Anm. 3. Dies ist einerseits zu eng, da bei der betreffenden A.G. gar kein Gewerbebetrieb vorzuliegen braucht, andererseits zu weit, da eine A.G. jedes Gewerbe betreiben kann, mithin „jedes Gewerbe einer A.G." nichts anderes ist als „jedes Gewerbe". Es liegt kein gesetzlicher Anhalt dafür vor, der allgemeinen Vollmacht des Prokuristen einer A.G. einen weiteren Umfang zu geben, als §. 49 Abs. 1 vorschreibt; sie ist daher auch bei A.G. für beschränkt zu erachten auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Ist aber im Einzelfall der Betrieb, für welchen der Prokurist bestellt wird, kein handelsgewerblicher oder überhaupt kein gewerblicher, so wird in der nichtsdestoweniger erfolgten Bestellung zugleich eine besondere Ermächtigung zu erblicken sein, auch diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der betreffende einzelne Betrieb mit sich bringt. Daneben bleibt indessen die Sonderbestimmung des §. 49 Abs. 2 bestehen, da — wie aus der Vergleichung von §. 49 Abs. 1 mit Abs. 2 zu entnehmen — die in Abs. 2 erwähnte besondere Erteilung der Ermächtigung zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken nicht schon in der Bestellung zum Prokuristen eines mit Grundstücken handelnden Kaufmanns (§. 2), also auch nicht einer mit Grundstücken handelnden A.G., liegt.

d. **Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Aktionären.** Der Prokurist ist — da §. 49 keine diesbezügliche Beschränkung enthält — für berechtigt zu erachten, auch solche Vertretungshandlungen vorzunehmen, welche sich gegen die Aktionäre richten (§. 49 Anm. I). Ob aber in diesem Fall etwaige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis unwirksam gegenüber den Aktionären sind, hängt davon ab, in welchen Fällen man die Aktionäre als „Dritte" ansehen will (§. 235 Anm. III c 2).

II. **Bestellung eines Prokuristen.** Vgl. §. 48 Anm. I—IV.

a. **Bestellungsbefugter** (im Verhältnis zur Gesellschaft). In erster Reihe entscheidet die Satzung und der Beschluß der Generalversammlung darüber, von welchen Beschränkungen der Vorstand bei Bestellung von Prokuristen abhängig sein soll. Auf diese Weise kann die Bestellung von Prokuristen auch überhaupt untersagt, andererseits kann aber auch bestimmt werden, daß der Vorstand ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder einer anderen Gesellschaftsbehörde Prokuristen bestellen dürfe. Ebenso z. B., daß der Vorstand ohne Genehmigung des Aufsichtsrats, aber nur mit Genehmigung der Generalversammlung Prokura erteilen, oder daß er diejenigen zu Prokuristen bestellen müsse, welche eine andere Gesellschaftsbehörde oder ein Dritter bestimme. Nur die letztere Gestaltung meint wohl Esser Anm. 2, wenn er für zulässig erklärt, daß durch Satzungsbestimmung die Bestellung dem Aufsichtsrat mit Ausschluß des Vorstandes übertragen werden könne. Enthalten weder Satzung noch ein Generalversammlungsbeschluß eine diesbezügliche Bestimmung, so tritt die gesetzliche Regel des

§. 238 Satz 1 ein. Hiernach ist Zustimmung des Aufsichtsrats, aber selbstverständlich außerdem Einverständnis des Vorstandes (§. 231 Anm. III) erforderlich. — Auf die etwaige Erteilung einer besonderen Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken (§. 49 Abs. 2) sind wohl die für die Bestellung geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (Esser Anm. 4).

b. **Bestellungsermächtigter** (im Verhältnis zu **Dritten**) ist der Vorstand, ohne Rücksicht auf etwaige im inneren Verhältnis bestehende Beschränkungen (vgl. §. 235 Anm. III b 1, c, K.B. 73). Dritter ist auch der bestellte Prokurist (vgl. §. 126 Anm. I c). Ebenso wohl auch das Registergericht (§. 235 Anm. III c 2, Staub Art. 234 §. 8). Hiernach braucht dem Registergericht nicht die Zustimmung des Aufsichtsrats oder die Einhaltung sonstiger für das innere Verhältnis bestehender Beschränkungen nachgewiesen zu werden. Ebenso Staub a. a. O., Pinner Anm. I 6, Ring Art. 234 Anm. 2. Dagegen M. 231: „Selbstredend wird dadurch weder die Befugnis und Pflicht des Registerrichters berührt, die Berechtigung des Vorstandes zur Bestellung von Prokuristen einer Prüfung zu unterziehen und im Mangel derselben die Eintragung der Prokura in das Handelsregister abzulehnen, noch die Befugnis des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung, wenn die Eintragung der Prokura gesetz- oder statutenwidrig erfolgt ist, deren Löschung herbeizuführen".

III. **Widerruf der Prokura.** Vgl. §. 52 Anm. I.

a. **Im Verhältnis nach außen,** also auch gegenüber dem Prokuristen und dem Registergericht (oben Anm. II b), ist der Vorstand, und dieser allein zum Widerruf berechtigt; etwaige Beschränkungen seiner Vertretungsmacht bezüglich des Widerrufs sind unwirksam (§. 235 Abs. 2). Besteht Gesamtvertretungsmacht der Vorstandsmitglieder, so können nur die Gesamtvertreter gemeinsam widerrufen (vgl. §. 126 Anm. I c, Staub 7. Aufl. §. 126 Anm. 8), zusammenwirkend in der für das Vorhandensein der Gesamtvertretungsmacht genügenden Zahl.

b. **Im inneren Verhältnis** genügt, wenn der Vorstand für die Bestellung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde gebunden war, die Kundgebung der letzteren, daß diese Zustimmung nicht mehr fortdauere, um den Vorstand zur Bewirkung des Widerrufs zu verpflichten. Entsprechend darf auch der Vorstand, wenn er seinerseits nicht mehr zustimmt, trotz fortdauernder Zustimmung der anderen Gesellschaftsbehörde widerrufen (dagegen wohl Pinner Anm. IV), es sei denn, daß im inneren Verhältnis der Vorstand lediglich zur Befolgung der Weisungen jener anderen Behörde verpflichtet ist. Für die Frage, welche Mitglieder des Vorstandes im inneren Verhältnis befugt sind, namens des Vorstandes den Widerruf zu erklären, ist deren Geschäftsführungsbefugnis (§. 231 Anm. III) entscheidend. Die Sondervorschriften des §. 116 Abs. 3 sind wohl nicht entsprechend anwendbar.

Buchführung. §. 239.

Der Vorstand hat Sorge dafür zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.

A.D.H. Art. 239 Abs. 1. **Entw. I** §. 219. **Entw. II** §. 234.

§. 239.

I. **Verpflichteter.** Vgl. §. 38 Anm. I. Im §. 239 ist als Verpflichteter „der Vorstand", also die Behörde genannt. In K.O. §. 244 ist jedoch bestimmt, daß die entsprechenden Strafvorschriften Anwendung finden „gegen die Mitglieder des Vorstandes einer A.G. . . ., wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben." Aus dem Zusammenhang dieser Vorschriften wird hergeleitet (Verein. Straffenate

R.G. in Strfſ. XIII, 227), daß jedem einzelnen Vorstandsmitglied nach öffentlichem Recht die Pflicht aus §. 239 obliegt und demgemäß auch jedes einzelne Vorstandsmitglied für ordnungsmäßige Buchführung und Bilanzziehung strafrechtlich verantwortlich ist, gleichviel wem durch Satzung oder Beschluß der Gesellschaftsbehörden die Buchführung übertragen ist, und selbst wenn im inneren Verhältnis das betreffende Mitglied von der Verantwortlichkeit für die Buchführung befreit war.

II. **Inhalt der Verpflichtung.** Während §. 38 bestimmt, es sei Pflicht des Kaufmanns, Bücher „zu führen“, und dies auf die Aktiengesellschaft selbst ohne Abschwächung Anwendung findet (§. 6 Abs. 1), legt §. 239 dem Vorstand der A.G. nur die Verpflichtung auf, „Sorge dafür zu tragen“, daß Bücher geführt werden. Hierdurch sollte indessen die Buchführungspflicht, welche ohnedies für die A.G. besteht in ihrem vollen Umfange, nicht in irgendwie abgeschwächter Gestalt, auf den Vorstand als dessen persönliche Geschäftsführungspflicht übertragen werden (Verein. Straffenate R.G. in Strfſ. XIII, 238; abschwächend Esser Anm. 1). Der Vorstand trägt mithin die Verantwortung für Dasein und Aufrechterhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung (R.G. a. a. O.). Allerdings braucht der Vorstand ebensowenig wie der Einzelkaufmann persönlich die Buchungen vorzunehmen; durch Beauftragung anderer kann er sich jedoch nicht von der ihm obliegenden öffentlichrechtlichen Pflicht entlasten. Eine Abweichung ist nur zuzugestehen insoweit im Verhalten des betreffenden Vorstandsmitgliedes auch nicht einmal eine Fahrlässigkeit zu finden ist; so z. B. wenn das betreffende Vorstandsmitglied, trotz Anwendung der genügenden Sorgfalt, über das Vorhandensein einer genügenden Buchführung getäuscht wurde oder ohne eigenes Verschulden Fehler in der Buchführung nicht verhindern konnte (R.G. in Strfſ. XIII, 360). — Unter „Führung der erforderlichen Bücher“ ist hier die Beobachtung der Gesamtheit der Vorschriften in §§. 38 ff. zu verstehen; insbesondere auch die Fertigung einer vorschriftsmäßigen Eröffnungsbilanz (R.G. in Strfſ. XIII, 238). Da ferner die Vorschrift nicht auf „Handelsbücher“ beschränkt ist, so umfaßt sie auch andere etwa erforderliche Bücher (Esser Anm. 3), so insbesondere im Fall einer Ausgabe von Mitgliedscheinen auf Namen die Führung des Aktienbuchs (§. 222 Anm. II c). Für die Eröffnungsbilanz der A.G. ist maßgebend der Zeitpunkt der Eintragung der A.G. in das Handelsregister, da erst dann die A.G. als solche entsteht (§. 200 Abs. 1), mithin erst dann ihrerseits das „Gewerbe“ beginnen kann, selbst wenn hierdurch das bereits vom nicht rechtsfähigen Verein (§. 188 Anm. II b) begonnene „Geschäft“ nur fortgeführt wird (§. 39 Anm II b); die Aufnahme einer Eröffnungsbilanz bei diesem „Beginn des Geschäfts“ entbindet daher nicht von der Notwendigkeit einer nochmaligen Aufnahme der Eröffnungsbilanz bei Eintragung der A.G. (R.G. in Strfſ. XXIX, 223). Anders auch nicht, wenn bei Übernahme eines bestehenden Geschäfts durch die A.G. vereinbart worden ist, daß dessen Betrieb bereits seit einem früheren Zeitpunkt für Rechnung der Gesellschaft gehen solle (vgl. Esser §. 243 Anm. 8).

§. 240.

Verlust in Höhe des halben Grundkapitals. Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.

Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei der Auf-

stellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.

A.D.H. Art. 240. **Entw. I** §. 220. **Entw. II** §. 235.

§. 240.

I. **Bei der Aufstellung einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz sich ergebend.** Dies ist als Voraussetzung in §. 240 Abs. 1 (Verlust in Höhe des halben Grundkapitals) und in §. 240 Abs. 2 Halbs. 2 (Überschuldung), nicht auch in §. 240 Abs. 2 Halbs. 1 (Zahlungsunfähigkeit) genannt.

a. **„Bei"** ist gleichbedeutend mit „gelegentlich" (§. 73 Anm.). In Art. 240 A.D.H. lautete die entsprechende Redewendung: „wenn aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergiebt". Die neue Fassung ist gewählt, um klarzustellen, daß für die Frage, ob ein Verlust in Höhe von der Hälfte des Grundkapitals oder in Höhe von mehr als dem vollen Betrag des Grundkapitals (= Überschuldung) eingetreten sei (die Denkschr. erwähnt an dieser Stelle allerdings nur den letzteren Fall, aber bei dem gleichen Wortlaut läßt sich nicht unterscheiden), nicht alle Regeln des §. 261 über die Wertansätze in der Bilanz von A.Gen. maßgebend sind (Denkschr. 141). Die Vorschriften in §. 261 Ziff. 1 und 2 haben im wesentlichen nur den Zweck, die vorzeitige Verteilung unsicherer Gewinne zu verhüten; bewirkt daher z. B. die in §. 261 geforderte Einsetzung der zur Veräußerung bestimmten Gegenstände in die Bilanz höchstens mit dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis, daß in der Bilanz der äußere Anschein einer Überschuldung hervorgerufen wird, während in Wirklichkeit ein solches Ergebnis durch den gesteigerten Wert der betreffenden Vermögensbestandteile vollständig ausgeschlossen ist, so liegt eine Überschuldung im Sinne des §. 240 Abs. 2 nicht vor (Denkschr. 141). Ebenso ist umgekehrt z. B. unerheblich, ob die Vorschrift des §. 261 Ziff. 3 gewahrt ist, wenn in Wahrheit die dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmten Gegenstände einen geringeren Wert haben als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich der Abnutzung; in letzterer Beziehung ist jedoch wahrer Wert nicht der zur Zeit vorhandene Veräußerungswert, vielmehr der besondere Gebrauchswert (§. 261 Anm. VI a); mithin (K.B. 74) braucht eine Entwertung, welche als nur vorübergehende zu erachten ist, nicht berücksichtigt zu werden. Dagegen Simon, Bilanzen S. 469, welcher die (von ihm anders ausgelegte) Ziff. 3 auch für die nach §. 240 vorzunehmende Ermittelung als maßgebend ansieht. Die Denkschr. 141 bemerkt: „Eine ausdrückliche Bestimmung, daß §. 261 hier nicht anwendbar sei" (wie der Abs. 3 im Entw. I sie enthielt), „ist vermieden, da sie nach anderen Richtungen Zweifel hervorrufen könnte." Bei der Vergleichung des Vermögens (§. 178 Anm. I c) mit den Schulden sind selbstverständlich weder das Grundkapital noch der Betrag etwaiger Reservefonds als Schulden zu rechnen (M. 236: „Rücklagen"); wohl aber Bewertungsfonds (z. B. ein die Abschreibungen vertretender Erneuerungsfonds oder ein Delkrederefonds). Die Forderungen wegen noch nicht eingezahlter Einlagen — gleichgiltig ob diese schon eingefordert sind oder nicht — sind Teile des Vermögens und daher zu berücksichtigen (M. 236). — Ist hiernach überhaupt unerheblich, ob der Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals oder die Überschuldung aus der aufgestellten Bilanz zu ersehen ist, so ist um so weniger für den Vorstand entlastend, daß die Überschuldung aus dem Grunde aus der Bilanz nicht hervorgeht, weil diese falsch aufgestellt war (Denkschr. 141; vgl. entsprechend §. 215 Anm. III c).

b. **Aufstellung einer Bilanz.** Jahresbilanz vgl. §. 260 Anm. II a. Die Aufstellung von Zwischenbilanzen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, und auch aus §. 240 ist eine

Pflicht hierzu nicht zu folgern (Esser Anm. 4). Für die Anwendung des §. 240 ist es unerheblich, ob die Zwischenbilanz gemäß einer durch die Satzung oder anderweit auferlegten Pflicht, oder ob sie freiwillig gezogen wird.

II. **Verpflichtung bei Verlust in Höhe des halben Grundkapitals.**

a. **Ein die Hälfte des Grundkapitals erreichender Verlust,** d. h. die Zahl, welche in Währung dem sich ergebenden Wert des Verlustes entspricht, muß mindestens gleich hoch sein wie die Zahl, welche die Hälfte des Grundkapitals (§. 178 Anm. II), darstellt (vgl. §. 207 Anm. I c). Vom vollen Grundkapital, nicht etwa nur von dem auf dasselbe bereits geleisteten Teil der Einlagen, ist die Hälfte zu berechnen (Staub Art. 240 §. 3, Esser Anm. 3, Pinner Anm. II 1 a). Nur wenn zum erstenmal der Verlust jene Höhe erreicht, tritt die Verpflichtung ein. Bleibt der Verlust (d. h. der aus der ganzen Zeit seit Gesellschaftsentstehung sich ergebende Verlustüberschuß) auch bei späteren Bilanzen mindestens gleich der Hälfte des Grundkapitals, so braucht während dieser Zeit nicht jedesmal von neuem berufen und angezeigt zu werden. Irrig erscheint die Bemerkung Rudorffs: „Voraussetzung für die Berufung der Generalversammlung ist keineswegs, daß das halbe Grundkapital verloren ist; dasselbe kann vielmehr vollständig intakt sein".

b. **Verpflichtung des Vorstandes.**

1. Verpflichteter. Die Verpflichtung ruht auf dem Vorstande als Behörde, entsprechend der Vorschrift, daß allgemein — soweit nicht die Satzung etwas Gegenteiliges vorschreibt — nur der Vorstand als Behörde berufen kann, nicht jedes einzelne Mitglied (§. 253). Das Vorstandsmitglied, welches auf Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung dringt, aber überstimmt wird, ist indessen als entschuldigt nur anzusehen, wenn es seinerseits, z. B. durch Mitteilung an den Aufsichtsrat (vgl. §. 246 Abs. 2) oder an das Registergericht (vgl. §. 319 Abs. 1), das in seinen Kräften Stehende thut, um die Erfüllung der Verpflichtung dennoch herbeizuführen.
2. Inhalt der Verpflichtung ist die unverzügliche (d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgende, B.G. §. 121) Berufung der Generalversammlung und Anzeige an diese nach ihrem Zusammentreten. Bei der Berufung soll der Zweck angegeben werden (§. 256 Abs. 1); der Zweck ist hier die Erstattung der Anzeige vom Verlust. Zur Stellung bestimmter Anträge ist der Vorstand nicht verpflichtet. Ist nur die „Erstattung der Anzeige vom Verlust" als Zweck angekündigt, so ist die Generalversammlung nicht für befugt zu erachten, über einzelne Abhilfemaßregeln zu beschließen; hierzu bedarf es vielmehr einer umfassenderen Zweckangabe.
3. Erzwingung. Das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft hat durch Ordnungsstrafen die Mitglieder des Vorstandes zur Berufung der Generalversammlung und zur Erstattung der Anzeige anzuhalten (§. 319 Abs. 1). Außerdem tritt bei Verletzung der Obliegenheit die Verpflichtung zum Schadensersatz ein (§. 241 Abs. 2).

III. **Verpflichtung bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.**

a. **Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.**

1. Zahlungsunfähigkeit vgl. K.O. §. 102. Auf welche Weise der Vorstand Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit erhält, ist unerheblich. Zahlungsunfähigkeit ist die Unfähigkeit zur sofortigen Tilgung fälliger Schulden; nicht erforderlich ist, daß dieselbe auch nach außen hervorgetreten ist (R.G. in Strff. XIV, 222 gegen IV, 68). Zahlungsunfähigkeit kann vorliegen, trotzdem Überschuldung nicht vorhanden ist (R.G. in Strff. III, 195). Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist (K.O. §. 102 Abs. 2).
2. Überschuldung vgl. K.O. §. 207 Abs. 1. Die Überschuldung hat die Verpflichtung zur Konkursanmeldung nur zur Folge, wenn sie sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt (oben

Anm. Ia). Eine sonst bekannt gewordene Überschuldung berechtigt zwar jedes Vorstandsmitglied zum Antrag auf Konkurseröffnung (K.O. §§. 207, 208), verpflichtet aber nicht hierzu (Staub Art. 240 §. 12).

b. **Verpflichtung des Vorstandes.**

1. Verpflichteter. Auch §. 240 Abs. 2 nennt als Verpflichteten den Vorstand als Behörde. Da jedoch nach K.O. §. 208 schon auf Antrag eines einzelnen Vorstandsmitgliedes, wenn es Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft macht, Konkurs zu eröffnen ist, so lastet in Wahrheit die Verpflichtung auch auf jedem einzelnen Vorstandsmitgliede (entsprechend auch §. 315 Ziff. 2).
2. Inhalt der Verpflichtung ist die Stellung des Antrages auf Konkurseröffnung (vgl. §. 210 Anm. IId). — Der §. 241 Abs. 3 Ziff. 6, Abs. 4 hebt hervor, daß die Mitglieder des Vorstandes schadensersatzpflichtig seien sowohl gegenüber der Gesellschaft wie auch — soweit die Gesellschaftsgläubiger nicht von der Gesellschaft ihre Befriedigung erlangen können — gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn „entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs" Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat. Da derartige ausdrückliche Vorschriften nicht vorhanden sind (nur einen Sonderfall regelt K.O. §. 241), so muß aus §. 241 Abs. 3 Ziff. 6 geschlossen werden, daß im Sinne des Gesetzgebers in §. 240 Abs. 2 zugleich das allgemeine Verbot liegen sollte, nach dem dort angegebenen Zeitpunkt noch Zahlungen zu leisten, also das Gebot die Zahlungen sofort einzustellen.
3. Erzwingung der Verpflichtung zur Stellung des Konkursantrages erfolgt durch die Strafvorschrift des §. 315 Ziff. 2; die Verletzung der Pflicht erzeugt gegenüber der Gesellschaft Schadensersatzpflicht gemäß §. 241 Abs. 2. Die Verletzung der Verpflichtung zur Zahlungseinstellung (oben zu 2) bewirkt Schadensersatzpflicht gemäß §. 241 Abs. 3 Ziff. 6, Abs. 4; unter Umständen tritt auch strafrechtliche Ahndung ein (K.O. §. 241).

Haftung der Vorstandsmitglieder. §. 241.

Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnantheile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,
5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat.

In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

A.D.H. Art. 241. **Entw. I** §. 221. **Entw. II** §. 236.

§. 241.

I. **Sorgfaltspflicht.** Geschäftsführung vgl. §. 231 Anm. III. Über die Pflicht zur Rechnungslegung vgl. §. 114 Anm. VI, §. 231 Anm. II b. Die Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmanns" (ebenso §. 202 Abs. 2, §§. 203, 204) ist genannt, weil das Vorstandsmitglied als solches nicht „Kaufmann" ist (§. 1 Anm. II E). Zum Maßstabe dient nicht eine besondere Erfahrung und Kenntnis in dem bestimmten Geschäftszweige der Gesellschaft, sondern lediglich die Sorgfalt, welche jeder ordentliche Geschäftsmann anwendet (M. 147, K.B. 23). — Der Vorstand ist — abgesehen von den Vorschriften in §§. 192 f. — nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlaß nachträglich zu prüfen, ob die A.G. so, wie geschehen, hätte errichtet werden sollen und ob nicht der Errichtung ein Verhalten zu Grunde liegt, welches die Weigerung der Erfüllung der Rechtsgeschäfte, durch welche die Gesellschaft zustande gekommen ist, als im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheinen ließe (R.G. XVIII, 75).

II. **Haftung gegenüber der Gesellschaft bei Obliegenheitsverletzung.**

a. **Verletzung der Obliegenheiten.** Der in Abs. 2 genannte Begriff der Obliegenheiten ist weiter als der in Abs. 1 erwähnte Begriff der Sorgfalt. Die Anwendung der Sorgfalt ist eine der Obliegenheiten. Andere Obliegenheiten sind genannt z. B. in §§. 233 ff. und sonst an vielen Orten zerstreut im Gesetz. Bestimmte Beispiele von Verletzung der Obliegenheiten sind zusammengestellt in §. 241 Abs. 3. Eine Obliegenheitsverletzung liegt z. B. auch in der Nichtberufung einer Generalversammlung, wenn das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert (R.G. XXXV, 87) und in anderen Fällen notwendiger Berufung (§. 253 Anm. II).

b. **Der Gesellschaft** haften nach §. 241 Abs. 2 die Vorstandsmitglieder. Inwieweit sie gleichzeitig den Gesellschaftsgläubigern haften, vgl. Anm. III, IV b. Über die Frage, inwieweit sie allgemein Dritten und insbesondere Aktionären haften, vgl. unten Anm. IV. — Die Haftung gegenüber der Gesellschaft wird ausgeschlossen durch einen Verzicht der Gesellschaft (vgl. §. 241 Abs. 4 Satz 2). Inwieweit in einer Entlastung ein Verzicht liegt, vgl. §. 260 Anm. IV a, b. Dadurch, daß eine Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht, ist die Haftung gegenüber der Gesellschaft in der Regel gleichfalls ausgeschlossen (vgl. §. 241 Abs. 4 Satz 2); nicht jedoch, wenn der Beschluß wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war, denn in diesen Fällen war der Beschluß der Generalversammlung, welche gleichfalls nur Gesellschaftsbehörde, nicht gleichbedeutend mit der Gesellschaft ist, auch als Anweisung unwirksam (§. 235 Anm. II, §. 271 Anm. V c, Hagen in Gruchot Bd. 42 S. 361; dagegen M. 150, Pinner Anm. II 6, Esser §. 273 Anm. 3). Eine Einschränkung der Haftung gegenüber der Gesellschaft, z. B. durch Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (R.G. XIII, 46), kann auch durch Bestimmung der Satzung oder des Anstellungsvertrages erfolgen (dagegen Esser §. 249 Anm. 3; vgl. K.B. 23); die Haftung gegenüber den Gläubigern dagegen ist öffentlichen Rechts (K.B. 23).

c. **Haftung.** Es haften alle diejenigen Mitglieder, durch deren Obliegenheitsverletzung ein bestimmter Schaden entstanden ist, für diesen (§. 204 Anm. IV) Schaden als Gesamtschuldner (B.G. §§. 421 ff.), und zwar auf Ersatz des Schadens (B.G. §§. 249 ff.). Über die Gesamthaftung der Aufsichtsratsmitglieder vgl. §. 249. Nur diejenigen einzelnen Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats haften, die ihre Obliegenheiten verletzt haben (K.B. 80). — Die klagende Gesellschaft hat zu beweisen, daß eine Obliegenheitsverletzung vorliegt (dagegen M. 147, R.G. XIII, 46; vgl. K.B. 23) und daß der Schaden infolge derselben („daraus") entstanden sei; dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied steht jedoch die (von ihm zu beweisende) Einrede offen, daß der Schaden auch ohne jene Obliegenheitsverletzung (infolge anderer Ereignisse, welche dann eingetreten wären) entstanden wäre (R.G. XXXV, 86), oder daß aus einem besonderen Grunde dasjenige, was sich äußerlich als Obliegenheitsverletzung darstelle, in Wahrheit keine solche sei, weil ein Verschulden mangele (ähnlich Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 358). Eine Sondervorschrift für den Fall der Sorgfaltsverletzung bei Prüfung des Hergangs der Gründung enthält §. 204.

III. **Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach §. 241 Abs. 4.** Eine Sondervorschrift für den Fall einer Pflichtverletzung bei Ausführung der getrennten Verwaltung nach Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf eine andere A.G. oder K.A.G. gegen Aktiengewährung enthält §. 306 Abs. 6. Eine Sondervorschrift für den Fall der Nichtbeobachtung der Vorschriften zur Sicherung der Gläubiger einer K.A.G. nach deren Umwandlung in eine A.G. enthält §. 334 Abs. 4. — Über Ersatzansprüche in anderen Fällen vgl. unten Anm. IV b.

a. **Gemeinsames der Fälle des Abs. 3.** Die in Abs. 3 hervorgehobenen Fälle sind von sonstigen Obliegenheitsverletzungen der Vorstandsmitglieder wohl nur darum getrennt hervorgehoben, weil in diesen Fällen abweichend von anderen Fällen auch ein Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger besteht. Die Bedeutung des Abs. 3 besteht daher nicht sowohl — wie es nach der Fassung zunächst scheinen könnte — in einer Erläuterung des Abs. 2, vielmehr in seiner Beziehung zu Abs. 4. Das R.G. XXII, 135 führt in Anknüpfung an Art. 225 b A.D.H. in der Fassung von 1870 (welcher dem §. 241 Abs. 3 Ziff. 1, 2, 3, 5, §. 249 Abs. 3 entspricht) aus, den in Art 225 b aufgeführten Fällen sei gemeinsam, daß es sich dabei um „Verkleinerungen des Grundkapitals durch rechtswidrige Handlungen" handelt; entsprechend sei der geforderte Ersatz beschränkt auf das „durch die angegebenen rechtswidrigen Handlungen aus dem Grundkapitale Herausgegangene", der Schaden, für den gehaftet werde, sei „der daraus entstehende, daß das Grundkapital rechtswidrig verkürzt ist, während es nicht verkürzt werden sollte". Diese Erwägungen sind jedoch — wenn sie auch vielleicht dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mögen (vgl. M. 227) — mit dem Wortlaut des jetzigen §. 241 nicht mehr vereinbar. Zwar betreffen die Ziffern 1, 2, 5 (und bei bestimmter Auslegung auch Ziff. 3) Verstöße gegen den Grundsatz der Bindung eines dem Grundkapital (§. 178 Anm. II a) entsprechenden Teiles des Gesellschaftsvermögens; und Ziffer 6 behandelt, wenn auch nicht dasselbe, so doch ein verwandtes Gebiet, indem unter bestimmten Umständen jede freiwillige Verkleinerung des Gesellschaftsvermögens verboten wird; ganz aus jenem Rahmen fällt aber Ziff. 4, denn diese Bestimmung, so wie sie gefaßt ist („Leistung"), betrifft nur die Frage, ob die ausgegebenen Urkunden als „Aktien" oder nur als „Interimsscheine" bezeichnet, und ob sie „auf Inhaber" gestellt werden dürfen, nicht etwa die für die Bindung eines dem Grundkapital entsprechenden Teiles des Gesellschaftsvermögens wichtige Frage (welche in §. 184 Abs. 1 allerdings in ähnlicher Wortfassung behandelt ist), ein wie hohes Einlageversprechen gegen Zuteilung eines Grundkapitalanteils gefordert werden muß. Wie hiernach in §. 241 Abs. 3 auch andere Fälle als eine Verkleinerung des dem Grundkapital entsprechenden Teiles

des Gesellschaftsvermögens durch rechtswidrige Handlungen behandelt sind, so umfaßt er andererseits auch nicht alle möglichen Fälle einer derartigen gesetzwidrigen Verkleinerung, z. B. nicht den Fall einer Verkleinerung durch Diebstahl oder Untreue von Vorstandsmitgliedern.

b. **Inhalt des Ersatzanspruchs.** („**Ersatz**", Abs. 3; „**der** Ersatzanspruch", Abs. 4.) „Der Ersatzanspruch" in Abs. 4 weist zurück auf „Ersatz" in Abs. 3. Mithin können die Gläubiger den Ersatz in demselben Umfange fordern wie die Gesellschaft nach Abs. 3, sie können nur ihrerseits den Ersatzanspruch der Gesellschaft (mit der Maßgabe in Abs. 4 Satz 2) geltend machen (vgl. jedoch R.G. XXXIX, 64: „Selbständigkeit des Anspruchs der Gläubiger). Bestritten aber ist, ob unter „Ersatz" in Abs. 3 der Ersatz jedes infolge der fraglichen Handlung entstandenen Schadens und nur eines Schadens (so Staub Art. 226 §. 6, Pinner Anm. III; vgl. oben S. 203 Anm. II), oder ob darunter der Ersatz des unmittelbar durch die Handlung aus dem Gesellschaftsvermögen Fortgegebenen zu verstehen ist (so M. 148 [dagegen M. 210], R.G. XXII, 135 oben Anm. IIIa, Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 346, Ring Art. 226 Anm. 4; vgl. Gen.Ges. §. 34 Abs. 3: „Ersatz der Zahlung", B.G. §§. 1377, 1391, 1653, 1659: „Ersatz"). Nun finden sich unter den Fällen des Abs. 3 einer (Ziff. 4), in welchem weder durch die dort genannte Handlung unmittelbar etwas aus dem Gesellschaftsvermögen fortgegeben wird, noch der Gesellschaft in der Regel überhaupt ein Schaden erwachsen wird, ein anderer (Ziff. 3), in welchem nicht notwendig mit der Handlung ein Fortgeben aus dem Gesellschaftsvermögen verbunden ist, und ein dritter (Ziff. 6), in welchem zwar etwas fortgegeben wird, aber hieraus für die Gesellschaft in der Regel kein Schaden entsteht. Unter diesen Umständen kann man allen Fällen nur dann (und der Ziff. 4 selbst dann kaum) gerecht werden, wenn man „Ersatz" in Abs. 3 im weitesten Sinne nimmt, indem man darunter versteht, daß die Vorstandsmitglieder, wenn sie eine der in Abs. 3 aufgezählten rechtswidrigen Handlungen vornehmen, sowohl das unmittelbar Fortgegebene zurückzugeben haben (selbst wenn der Gesellschaft kein Schaden entstanden ist) wie auch einen etwa außerdem, nur in Zusammenhang mit der Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen haben (selbst wenn aus dem Gesellschaftsvermögen nichts fortgegeben ist). [Nach der Fassung von 1870 nahm R.G. V, 24, XIX, 114 an, daß Art. 248 Abs. 3 (entsprechend dem jetzigen §. 241 Abs. 3 Ziff. 5) nur den ersteren Anspruch, Art. 241 (entsprechend dem jetzigen §. 241 Abs. 2, Abs. 3 Ziff. 2, 6) nur den letzteren Anspruch gewähre.] Bei einer derartigen Auslegung gelangt man allerdings wieder in Widerstreit mit dem „insbesondere" in Abs. 3, durch welches Wort angedeutet zu werden scheint, daß Abs. 3 nur Beispiele zu Abs. 2 geben will, in welchem letzteren wiederum nur von einem Anspruch auf Schadensersatz, nicht von einem (nicht durch Schadenentstehung bedingten) Ersatz des Fortgegebenen die Rede ist. Alle Widersprüche sind jedoch nicht vermeidbar, da die Bestimmungen in ihrer jetzigen Fassung in sich widerspruchsvoll sind. — Wenn nun aber auch der ersatzberechtigte Gesellschaftsgläubiger nach Abs. 4 Satz 1 grundsätzlich nur den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen kann, so schließt doch der Abs. 4 Satz 2 ihm gegenüber einige Einreden aus, welche der Gesellschaft gegenüber seitens des Verpflichteten geltend gemacht werden können. Zu Grunde liegt die Erwägung, daß von mehreren Personen, welche wegen Mitwirkung bei einer gesetzwidrigen Handlung als Gesamtschuldner einem Dritten auf Ersatz haften (hier: die Aktiengesellschaft und die Vorstandsmitglieder), nicht eine (die A.G.) die anderen (die Vorstandsmitglieder), sei es von vornherein, sei es nachträglich, von der Haftung gegenüber dem Dritten befreien kann. Dementsprechend sind die beiden in §. 241 Abs. 4 Satz 2 hervorgehobenen Fälle (vorherige Anweisung durch Generalversammlungsbeschluß und nachträglicher Verzicht) ausdehnend auszulegen. So kann z. B. gegenüber

dem Gesellschaftsgläubiger auch nicht eingewendet werden, daß alle Aktionäre eingewilligt haben (R.G. V, 23), oder daß die Handlung auf einem Beschluß des bei der betreffenden Gesellschaft zur Erteilung von bindenden Anweisungen an den Vorstand ermächtigten Aufsichtsrats beruhe (R.G. V, 23). Über die Einwirkung des Verzichts eines anderen Gesellschafts**gläubigers** oder des Konkursverwalters vgl. unten Anm. IIId, f. Wo der obige allgemeine Gesichtspunkt nicht anwendbar ist, da sind auch gegenüber dem Gesellschafts**gläubiger** Einreden aus demjenigen, was im Verhältnis zur **Gesellschaft** geschehen, zulässig. So insbesondere die Einrede der **Erfüllung** der Ersatzpflicht durch Einzahlung der Ersatzleistung in die Gesellschaftskasse (R.G. XXXIX, 64). Ebenso die Einrede der **Aufrechnung**; es sei denn, daß das Vorstandsmitglied die unerlaubte Handlung **vorsätzlich** begangen hat (B.G. §. 393) oder die Vorschriften der Konkursordnung (K.O. §. 55) entgegenstehen. — Über das Recht jedes Vorstandsmitglieds zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, welcher eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, vgl. §. 271 Abs. 4.

c. **Die einzelnen Fälle.** Bei **allen** ist vorausgesetzt, daß die Handlung „**entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs**" erfolgt (vgl. jedoch unten zu 6).

1. **Gesetzwidrige Zurückzahlung von Einlagen an die Aktionäre.** Einlage vgl. §. 213 Anm. Ia. Aktionär vgl. §. 211 Anm. Ia. „An die Aktionäre" ist hier (vgl. auch unten zu 2) gleichbedeutend mit „an Aktionäre"; die Rückzahlung braucht nicht an **alle** erfolgt zu sein. Ein ausdrückliches Verbot der Rückzahlung von „**Einlagen**" an Aktionäre ist im H.G.B. nicht enthalten. Weder in §. 213 (der nur ein **Rückforderungsrecht** verneint, vgl. §. 213 Anm. Ib), noch in §. 221 (der nur eine Befreiung von noch **nicht** geleisteten Einlagen verbietet), noch in §. 195 Abs. 3 (aus dem höchstens für die bei Anmeldung der Gesellschaft bereits eingeforderten **Teile** der Einlage Schlüsse zu ziehen sind). „Rückzahlung von Einlagen" ist nur ein abgekürzter Ausdruck für „Fortgabe von Gesellschaftsvermögen in Rück-**Anrechnung auf die geleistete Einlage**". Eine „Rückzahlung von Einlagen" fällt daher stets unter denjenigen weiteren Begriff, der in Ziff. 5 als „Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals" bezeichnet ist. **Ersteres** ist daher verboten, soweit **letzteres** verboten ist (vgl. unten zu 5). Warum die Ziff. 1 noch besonders neben der Ziff. 5 hervorgehoben worden, ist nicht erkennbar.

2. **Gesetzwidrige Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre.** Aktionär vgl. §. 211 Anm. Ia. Über die Grenzen der Zulässigkeit einer Zahlung von **Zinsen** vgl. §. 215 Anm. II. Über die Grenzen der Zulässigkeit einer Zahlung von **Gewinnanteilen** vgl. §. 215 Anm. III. „Den Aktionären" ist wohl auch **hier** (vgl. oben zu 1) nicht im Sinne von „**allen** Aktionären" oder „der **Gesamtheit** der Aktionäre", sondern im Sinne von „Aktionären", d. h. „einem oder mehreren einzelnen Aktionären" zu verstehen. Werden z. B. gemäß einer den Vorschriften des §. 214 nicht entsprechenden Verteilungs-Berechnung an einzelne Aktionäre höhere, an andere niedrigere Gewinnanteile gezahlt als ihnen zukommen, während doch im **ganzen** nicht mehr gezahlt ist als nach §. 215 gezahlt werden darf, so wird hierauf dennoch §. 241 Abs. 3 Ziff. 2 anzuwenden sein, denn da diejenigen Aktionäre, welchen zu wenig gezahlt ist, ihre Gläubigeransprüche (§. 213 Anm. IIc) auf Zahlung des Restes behalten, so bleibt als Folge der gesetzwidrigen Verteilung doch eine Vergrößerung der Schulden, mithin eine wenigstens vorübergehende Minderung des Überschusses des Gesellschaftsvermögens bestehen, und es kann sich auch ein dauernder Schaden ergeben, zumal nicht

einmal stets ein Rückgriff gegen diejenigen Aktionäre, welche zuviel empfangen haben, zulässig ist (§. 217 Abs. 1 Satz 2). — Ein Verstoß gegen Ziff. 2 fällt übrigens stets auch unter Ziff. 5 (vgl. R.G. XIX, 117).

3. Gesetzwidrige Erwerbung oder Pfandnahme eigener Mitgliedscheine oder gesetzwidrige Einziehung von Anteilrechten. Vgl. §§. 226, 227. Auch soweit das Rechtsgeschäft nichtig ist, ist doch das Entstehen eines Schadens nicht vollständig ausgeschlossen, z. B. die notwendige Befriedigung von Entschädigungsansprüchen Dritter, welche schuldlos auf die Giltigkeit des Vertrages vertrauten (B.G. §§ 309, 307). Vor allem will wohl aber das Gesetz durch die Vorschrift der Ziff. 3 nicht denjenigen Schaden treffen, der durch das „Erwerben", „Pfandnehmen", „Einziehen" selbst entsteht, sondern denjenigen, der dadurch entsteht, daß zum Zweck des Erwerbs, der Pfandnahme oder der Einziehung eine Gegenleistung in gesetzwidriger Weise aus dem Vermögen der Gesellschaft fortgegeben wird.

4. Gesetzwidrige Ausgabe von Aktienurkunden vor voller Leistung des Ausgabebetrages. Unter „Ausgabe von Aktien" ist hier (wie z. B. in §. 179 Abs. 3, 4, §. 200 Abs. 2, §. 209 Abs. 2, §. 287 Abs. 1, §. 314 Ziff. 3, Reichsstempelges. §. 3, vgl. R.G. in Strfs. XXXI, 401) das Ausgeben der Urkunde verstanden, nicht (wie z. B. in §. 184 Abs. 1, §. 262 Ziff. 2, 278, §. 281 Ziff. 2, 3, §. 282 Abs. 2, §. 283 Abs. 1, §. 284 Abs. 2 Ziff. 3, Abs. 5) die Zuteilung eines Grundkapitalanteils. „Ausgabepreis" vgl. §. 184 Anm. I. Unter welchen Umständen ein Ausgeben von Aktienurkunden vor voller Leistung des Ausgabebetrages gesetzwidrig ist, folgt aus §. 179 Abs. 3, 4; vgl. auch §. 200 Abs. 2. Fälle, in denen durch die Ausgabe die Gesellschaft geschädigt wird, sind kaum denkbar. Dagegen ist nicht völlig ausgeschlossen, daß die Gesellschaft dadurch geschädigt wird, daß infolge Stellung der Aktien auf Inhaber die Ermittelung der Rechtsvorgänger erschwert wird und gleichzeitig bewiesen werden kann, daß der Erwerb der Aktie durch jene Rechtsvorgänger auch dann geschehen wäre, wenn sie gewußt hätten, es handele sich um eine noch nicht vollgezahlte Aktie. In der Regel wird sich indessen keine Schädigung der Gesellschaft nachweisen lassen, vielmehr nur eine Schädigung des Erwerbers der Aktie; der in Ziff. 4 behandelte Fall hätte daher wohl ebenso als nicht hierher gehörig ausgeschieden werden sollen, wie es aus gleichem Grunde (Denkschr. 141) bezüglich des in A.D.H. Art. 226 Ziff. 4 mit ihm verkoppelten (Ausgabe von Mitgliedscheinen vor Eintragung eines Erhöhungsbeschlusses) geschehen ist.

5. Gesetzwidrige Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder gesetzwidrige „teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals." Beide Fälle können nicht streng von einander geschieden werden, da auch die sogenannte „Zurückzahlung des Grundkapitals" eine Verteilung von Gesellschaftsvermögen ist (vgl. §. 178 Anm. IIa, §. 241 Anm. IIIc 1, R.G. XIX, 116). Doch ist wohl unter „Verteilung des Gesellschaftsvermögens" vorwiegend eine Verteilung nach Auflösung der Gesellschaft, dagegen unter „Zurückzahlung des Grundkapitals" vorwiegend eine in Rück-Anrechnung auf die Einlagen erfolgte Verteilung während Bestehens der Gesellschaft verstanden, insbesondere auch eine Verteilung infolge Herabsetzung des Grundkapitals (§. 288 Abs. 2). Für mögliche Verstöße kommen namentlich in Betracht die Vorschriften über Einhaltung der Sperrzeit (§§. 301, 303 Abs. 3, 306 Abs. 5) und diejenigen Vorschriften, welche während bestehender Gesellschaft die Herauszahlung eines dem Grundkapital entsprechenden Teiles des Gesellschaftsvermögens hindern sollen (vgl. §. 215 Anm. IIIa). Unter den Begriff einer gesetzwidrigen „Zurückzahlung des Grundkapitals" fällt (nach Denkschr. 142) z. B. auch die Gewährung einer den Wert wiederkehrender Leistungen

übersteigenden Vergütung an Aktionäre trotz des Mangels eines bilanzmäßigen Gewinns.

6. Gesetzwidrige Zahlungsleistung, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat. Über den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit und des Sichergebens der Überschuldung vgl. §. 240 Anm. III a. Ein ausdrückliches Verbot, nach jenem Zeitpunkt Zahlungen zu leisten, ist im H.G.B. nicht enthalten; ein solches Verbot muß vielmehr erst aus §. 241 Abs. 3 Ziff. 6 geschlossen werden (§. 240 Anm. III b 2), wo es gleichfalls nicht ausgesprochen, vielmehr nur vorausgesetzt ist. Soweit durch die Zahlung eine fällige Schuld der Gesellschaft getilgt wird, kann der Gesellschaft in der Regel kein Schaden erwachsen (es sei denn, daß z. B. eine mögliche Aufrechnung unterlassen ist und die Gegenforderung uneintreibbar wird); soweit eine sonstige Zahlung geleistet wird, sei es ohne Bestehen einer Schuld oder vor Fälligkeit derselben, kann zwar der Gesellschaft unter Umständen ein Schaden erwachsen, aber nach Zahlungseinstellung oder Überschuldung nicht in höherem Grade als vorher. Wenn trotzdem das Gesetz den Fall der Ziff. 6 besonders hervorhebt, muß daher angenommen werden, daß nicht nur der seltene Ausnahmefall, in welchem der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, hiermit bezeichnet werden sollte, sondern daß in jedem Fall (gleichgiltig, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden) das Fortgegebene zurückzuerstatten ist (oben Anm. III b). Das über „Zahlungen" Bestimmte ist wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grundes auszudehnen allgemein auf Fortgabe von Vermögensgegenständen aus dem Gesellschaftsvermögen.

d. **Ersatzberechtigter** ist jeder Gläubiger der Gesellschaft (§. 128 Anm. III); unerheblich ist, ob er bereits zur Zeit der gesetzwidrigen Handlung Gläubiger war oder dies erst später geworden ist (R.G. V, 24, XIX, 116). Ob auch wer trotz Kenntnis der erfolgten gesetzwidrigen Handlung Gläubiger geworden ist, hängt davon ab, ob man annimmt (vgl. oben Anm. III b), daß der Anspruch auf Rückzahlung auch unabhängig von einem etwaigen Schadensersatzanspruch besteht (das Bestehen eines Anspruchs im Falle vorheriger Kenntnis verneint unter Annahme eines Schadensersatzanspruchs R.G. XIX, 118, XXII, 137). Mehrere Ersatzberechtigte können unabhängig von einander den Anspruch geltend machen, ohne daß dem einen die Rechtshängigkeit des Anspruchs des anderen entgegensteht. Erst die erfolgte Zahlung an die Gesellschaft oder einen ersatzberechtigten Gesellschaftsgläubiger steht einem anderen Ersatzberechtigten entgegen. Anzuwenden sind die Bestimmungen des B.G. §§. 428, 429 und wohl auch 430; es kann daher insbesondere ein ersatzberechtigter Gläubiger — vorbehaltlich des Rückgriffs der übrigen gegen ihn — dem schuldenden Vorstandsmitgliede seine Schuld sogar mit Wirkung gegen alle Ersatzberechtigten erlassen (B.G. §§. 429 Abs. 3, 423), allerdings höchstens bis zu derjenigen Höhe, in welcher der erlassende Ersatzberechtigte seinerseits eine nicht beitreibbare Forderung gegen die Gesellschaft hat.

e. **Art** der Haftung. Die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist eine nur ergänzende; sie besteht nur soweit der betreffende Gesellschaftsgläubiger seine Befriedigung nicht von der Gesellschaft erlangen kann. Der Nachweis der letzteren Voraussetzung kann auch in anderer Weise als durch Klage und Vollstreckungsversuch geführt werden (vgl. §. 202 Anm. II c, §. 220 Anm. II c). Im übrigen sind betreffs der Art der Haftung dieselben Grundsätze für entsprechend anwendbar zu erachten, welche in dem Falle einer Klage gegen den Aktionär wegen Empfanges gesetzwidriger Zahlungen maßgebend sind (§. 217 Anm. II c).

f. **Konkurs.** Der §. 241 enthält (abweichend von §§. 171 Abs. 2, 217 Abs. 2) keine besondere Vorschrift darüber, wer während bestehenden Konkurses zur Geltendmachung des Ersatzanspruches berechtigt sei. Da aber derartige Ansprüche die nächste Verwandt-

schaft haben mit Ansprüchen auf Grund der Anfechtung wegen Gläubigerbegünstigung, so sind entsprechende Regeln wie für jene Anfechtungsklagen anzuwenden, und hieraus ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift herzuleiten, daß auch die hier fraglichen Ansprüche während des Konkurses nur vom Konkursverwalter geltend gemacht werden können (O.L.G. Hamburg v. 3. Dezbr. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 552, L.G. Frankfurt v. 22. Dezbr. 1887 Z.f.H. Bd. 43 S. 327, R.G. XXXIX, 64; dagegen Cosack §. 121 IV 2 e), und daß hierbei der Konkursverwalter die Ansprüche nicht nur insoweit sie der Gesellschaft, sondern auch insoweit sie den Gesellschaftsgläubigern zustehen, geltend machen kann (vgl. R.G. I, 73, XXXVII, 84), so daß insbesondere ein von ihm erklärter Verzicht oder abgeschlossener Vergleich den einzelnen Gesellschaftsgläubigern entgegensteht (R.G. XXXIX, 64, Bolze Bd. 7 Nr. 645; vgl. oben Anm. III d). Bezüglich der bei Konkurseröffnung bereits schwebenden Klagen von Gesellschaftsgläubigern ist Ges. betr. Anfechtg. von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens (R.G.Bl. 1898 S. 709) §. 13 entsprechend anzuwenden, mithin insbesondere der Konkursverwalter für berechtigt zu erachten, die Weiterführung jener Klagen zu übernehmen.

IV. **Haftung gegenüber Dritten nach allgemeinen Grundsätzen.**

a. **Allgemeines.** Der §. 241 enthält nur Bestimmungen über die Ersatzansprüche der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Der Art. 241 Abs. 1 A.D.H.: „Die Mitglieder des Vorstandes sind aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet" ist als selbstverständlich in das H.G.B. nicht übernommen (Denkschr. 141). Aber auch aus jenem früheren Art. 241 Abs. 1 folgte nicht, daß eine Haftung gegenüber Dritten überhaupt ausgeschlossen sei, ebensowenig wie aus B.G. §. 164 Abs. 1 folgt, daß der Vertreter aus seiner Handlung niemals auch persönlich Dritten für Schadenszufügung verantwortlich sei. Die Frage kann daher nur so gestellt werden: ob und inwieweit schließt §. 241 eine Haftung des Vorstandsmitgliedes gegenüber Dritten in Fällen, in welchen sie an sich eintreten würde, aus? Dafür, daß ein Ausschluß einer Haftung allgemein gegenüber Dritten hätte erfolgen sollen, liegt kein Anhalt vor. Ein solcher Ausschluß ist daher nicht anzunehmen (R.G. XXII, 138, R.G. v. 5. April 1895 Z.f.H. Bd. 47 S. 105). Der Anspruch auf Schadensersatz kann auf eine unerlaubte Handlung (B.G. §§. 823 ff., R.G. XXXIX, 246) oder auf die Verletzung eines besonderen diesbezüglichen Vertragsverhältnisses (vgl. §. 202 Anm. I, R.O.H. XIX, 180) gestützt werden.

b. **Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern in anderen Fällen als denen des §. 241 Abs. 4.** Bezüglich der Gesellschaftsgläubiger könnte man aus der Fassung des §. 241 Abs. 4 schließen wollen, daß ihnen nur „in den Fällen des Abs. 3" (und §. 306 Abs. 6) ein Ersatzanspruch zugestanden werden sollte; indessen hat das R.G. (XXXVI, 27) angenommen, daß den Gläubigern Schadensersatzansprüche auch außerhalb jener einzeln hervorgehobenen Fälle zustehen können; und in der That ist die Unterscheidung zwischen einer Schädigung von Gläubigern und einer Schädigung anderer Dritter nicht aufrechtzuerhalten, da durch die Schädigung jeder dritte Geschädigte Gläubiger wird und auch dem nach der gesetzwidrigen Handlung Gläubiger Gewordenen die Rechte aus Abs. 4 zustehen (oben Anm. III d).

c. **Haftung gegenüber Aktionären.** Der einzelne Aktionär steht in keinem Vertragsverhältnis zu den Vorstandsmitgliedern (§. 231 Anm. II b), er kann daher kraft Vertrages nicht von ihnen verlangen, daß sie seine Rechte achten (Str. Bd. 91 S. 128, R.O.H. XIX, 179, R.G. XXVIII, 72), und dies gilt nicht nur von einer Schädigung in seinen Gesamtrechten (§. 250 Anm. I), sondern auch von einer Schädigung in

seinen Sonderrechten. Dagegen liegt kein Grund vor, dem Aktionär, auch soweit er als solcher geschädigt wird, allgemein den Schutz gegen außervertragliche Schädigung abzusprechen (R.O.H. XIX, 180, R.G. XXVIII, 73, XXIX, 7, XXXIX, 249). Eine Schädigung durch Verletzung seiner Gesamtrechte allerdings kann nicht vom einzelnen Aktionär verfolgt werden, denn wenn ihm dies Recht zugestanden würde, so würde er auf einem Umwege ein Mittel erhalten, in anderer Weise als durch die gesetzlich geordnete Mitwirkung in der Generalversammlung und Ausübung von Minderheitsrechten (§§. 268 ff.) sein Recht zu schützen; dies aber würde dem Begriff eines Gesamtrechts widersprechen (vgl. R.G. XXIX, 8, XXXIX, 249). Dagegen ist für zulässig zu erachten (vgl. Str. Bd. 91 S. 128), daß der einzelne Aktionär eine durch Verletzung seines Sonderrechts entstandene Schadenszufügung insoweit selbständig verfolgt, als nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz wegen außervertraglicher Schädigung beansprucht werden kann und die von dem Aktionär erlittene Schädigung nicht identisch ist mit der durch die Gesellschaft erlittenen Schädigung. Denn insoweit liegt ein Eingriff in sein selbständiges Recht vor, und weder darf ihm dieses Recht seitens der Gesellschaft verkümmert werden, noch kann er bei Geltendmachung desselben in Widerstreit mit der Geltendmachung des der Gesellschaft etwa entstandenen Schadens durch die Gesellschaft kommen, denn durch dieselbe Handlung kann mehreren Personen Schaden zugefügt werden, und sie sind bei Geltendmachung ihrer Ansprüche an sich unabhängig von einander. — Die Auflösung der Gesellschaft und der Eintritt der Liquidation übt keine Wirkung im Sinne einer Erweiterung des Klagerechts der Aktionäre (§. 131 Anm. II), ebensowenig die Beendigung der Liquidation (R.G. XXVIII, 73 gegen R.O.H. XXII, 239, R.G. X, 72, 76, XXIX, 4), da die einzelnen Aktionäre nicht kraft Gesetzes Rechtsnachfolger der A.G. sind (R.G. XXVIII, 73), und selbst nach Beendigung der Liquidation die Gesellschaft ihrerseits etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen kann (§. 302 Abs. 4; anders nach bisherigem Recht R.G. XXIX, 4). — Die Ersatzansprüche der Gesellschaft kann der einzelne Aktionär nicht geltend machen, auch nicht indem er auf Zahlung an die Gesellschaft klagt (R.O.H. XXII, 240); doch kann er als Nebenintervenient auftreten (§. 210 Anm. II c).

V. **Verjährung.** Vgl. §. 159 Anm. II, §. 206 Anm. III. Die in §. 241 Abs. 5 bestimmte Verjährung ergreift nur die in §. 241 besonders hervorgehobenen Ansprüche (oben Anm. II, III); sie beginnt mit dem Zeitpunkt der Obliegenheitsverletzung, nicht erst mit der Kenntnis von letzterer (B.G. §. 198, R.G. XXXIX, 52, Esser §. 249 Anm. 7). Soweit Ansprüche auf Grund anderer Bestimmungen bestehen (oben Anm. IV), sind auch bezüglich der Verjährungsfrist die allgemeinen Vorschriften des B.G. (vgl. namentlich B.G. §. 852) maßgebend.

Stellvertreter. §. 242.

Die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften finden auch auf die Stellvertreter von Mitgliedern Anwendung.

A.D.H. Art. 232a. **Entw. I** §. 222. **Entw. II** §. 237.

§. 242.

I. **Stellvertreter** sind sowohl die dauernd wie die nur auf Zeit (§. 248) bestellten (K.B. 24). Die Bestimmung des §. 242 ist irreführend, da sie den Anschein erweckt, als seien die „Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern“ niemals „Vorstandsmitglieder“. Die Bestimmung ist aber auch überflüssig. Soweit die Stellvertreter Vorstandsmitglieder sind, würden auf sie auch ohne die Bestimmung des §. 242 die für Mitglieder des Vor-

standes geltenden Vorschriften Anwendung finden. Soweit Stellvertreter nicht Vorstandsmitglieder sind, finden jene Vorschriften trotz des §. 242 auf sie nicht Anwendung. Ob aber im einzelnen Fall die als „Stellvertreter" bezeichneten Personen Vorstandsmitglieder sind (unten Anm. II), ist nicht ableitbar aus §. 242. Über die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu stellvertretenden Vorstandsmitgliedern vgl. §. 248 Abs. 1.

II. **Beschränkung auf Stellvertretung; Wirkung dieser Beschränkung gegenüber Dritten.** Zu unterscheiden ist, ob der Betreffende unbedingt zum Vorstandsmitglied bestellt ist mit der Beschränkung, daß er nur bei Behinderung anderer Mitglieder vertretungsbefugt sein solle (und sonst die anderen Mitglieder ohne ihn), oder ob die Bestellung selbst bedingt ist durch das Eintreten einer Behinderung anderer. Im ersteren Fall (welcher wohl im Zweifel als vorliegend anzusehen) kommt §. 235 zur Anwendung (§. 235 Anm. I b) und ist mithin Vertretungsmacht gegenüber Dritten vorhanden selbst wenn der Behinderungsfall in Wahrheit nicht vorliegt (R.G. XXIV, 83). Im letzteren Fall ist §. 235 nicht anwendbar, da wenn die Bedingung, unter welcher bestellt ist, nicht in Erfüllung gegangen, der bedingt Bestellte gar nicht Vorstandsmitglied geworden ist (vgl. R.G. XXIV, 84). Aus demselben Grunde ist §. 235 nicht anwendbar (§. 235 Anm. I b) auch auf die Zeitbeschränkung im Falle einer Bestellung auf Zeit (vgl. z. B. §. 248; abweichend bei zeitlicher Beschränkung nur der Vertretungsmacht); nach Ablauf der Zeit erlischt daher mit der Bestellung auch die Vertretungsmacht gegenüber Dritten, vorbehaltlich etwaiger Rechte der letzteren aus §. 15.

III. **Anmeldung.** Da die Anmeldungspflicht schon und erst besteht, sobald der Betreffende Vorstandsmitglied wird, so ist bei unbedingter Bestellung die Anmeldung (§. 234) schon bei der Bestellung zu bewirken, während bei bedingter Bestellung die Anmeldungspflicht erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt. In letzterem Fall ist auch der Eintritt der Bedingung urkundlich (§. 234 Abs. 2) zu belegen. (Staub Art. 225 a §. 2, Pinner §. 248 Anm. III 4 b fordern Prüfung des Registerrichters über Vorliegen des Behinderungsfalles; dagegen Ring Art. 225 a Anm. 3). Die Zeitbeschränkung ist nicht eintragungsfähig (§. 234 Anm. I d 1).

II. Aufsichtsrat (§§. 243—249).

§. 243. **Bestellung. Widerruf.**

Der Aufsichtsrath besteht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern.

Die Wahl des ersten Aufsichtsraths gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird.

Später kann der Aufsichtsrath nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Generalversammlung gewählt werden, welche über die Bilanz für das vierte Geschäftsjahr nach der Ernennung beschließt; das Geschäftsjahr, in welchem die Ernennung erfolgt, wird hierbei nicht mitgerechnet.

Die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsraths kann auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden. Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt,

bedarf der Beschluß einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

A.D.H. Art. 224 (191, 209 f). **Entw. I** §. 223. **Entw. II** §. 238.

§. 243.

I. **Notwendigkeit eines Aufsichtsrats.** Vgl. §. 231 Anm. I.

a. **Neue Gesellschaften.** Der Art. 209 f A.D.H. lautete: „Jede Aktiengesellschaft muß außer dem Vorstande einen Aufsichtsrat haben". Die Bestimmung ist gestrichen, weil sich dieser Grundsatz aus den übrigen Vorschriften des Gesetzes von selbst ergebe (Denkschr. 123). In der That ist die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats für neu anzumeldende A.Gen. vorausgesetzt z. B. in §. 195 Abs. 1. — Der §. 315 Ziff. 1 bedroht mit Strafe die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn länger als 3 Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat. — Über die Zulässigkeit der Errichtung anderer Behörden neben Vorstand und Aufsichtsrat vgl. §. 231 Anm. I. Zulässig ist auch die Errichtung eines sogenannten Verwaltungsrats (Staub Art. 225 §. 12, Pinner §. 246 Anm. V, Ring Art. 225 Anm. 5 gegen Behrend §. 127; vgl. M. 144, Esser §. 235 Anm. 6), wenn entweder der Verwaltungsrat ein Aufsichtsrat im Sinne des H.G.B. ist (dagegen Pinner a. a. O.) oder (Marcus in Bl. f. Rpfl. 1897 S. 69) neben dem Verwaltungsrat ein Aufsichtsrat mit ungeschmälerten gesetzlichen Befugnissen besteht.

b. **Ältere Gesellschaften.** Die Denkschr. 123 bemerkt: „Die Streichung des Art. 209 f beseitigt zugleich einen Zweifel, der mit Rücksicht auf die Übergangsbestimmungen der Novelle vom 18. Juli 1884 entstanden ist. Der §. 2 der letzteren führt nämlich auch den Art. 209 f unter denjenigen Vorschriften an, welche auf Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten der Novelle bereits zum Handelsregister angemeldet waren, keine Anwendung finden sollen, und hieraus ist, der Absicht des Gesetzes entgegen, gefolgert worden, der Aufsichtsrat bilde für ältere Gesellschaften auch jetzt noch keine notwendige Einrichtung. Nach dem Entwurfe kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß alle Aktiengesellschaften ohne Ausnahme einen Aufsichtsrat haben müssen". Seit dem Aktiengesetz von 1870 war das Vorhandensein eines Aufsichtsrats vorgeschrieben; die Frage kann daher nur bezüglich der bereits 1870 bestehenden Gesellschaften auftauchen. Der in der Denkschrift vertretenen Ansicht, aus dem H.G.B. sei in höherem Grade als aus dem bisherigen Recht eine zweifelsfreie Entscheidung abzuleiten, ist nicht zuzustimmen (Esser §. 190 Anm. 1, Marcus in Bl. f. Rpfl. 1897 S. 69, Staub 7. Aufl. §. 190 Anm. 5); dagegen ist schon nach früherem Recht (Staub 5. Aufl. Art. 209 f §. 3; dahingestellt R.G. XXVIII, 49) und daher — trotz der nunmehr eher noch ungünstigeren Fassung des Gesetzes — ebenso nach jetzigem die nunmehr auch in der Denkschrift gebilligte Ansicht für zutreffend zu erachten (ebenso Staub 7. Aufl. §. 190 Anm. 5).

II. **Bestellung und Zusammensetzung.** Vgl. §. 231 Anm. II.

a. **Zahl der Aufsichtsratsmitglieder.** Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder ist mindestens drei; die Satzung (auch die geänderte, §. 182 Anm. I, R.G. XXIV, 56) kann aber auch eine höhere Zahl festsetzen (§. 243 Abs. 1). Ist eine derartige Satzungsbestimmung in Wirksamkeit getreten, so ist bis zu etwaiger Satzungsänderung die in der Satzung, nicht die im Gesetz enthaltene Zahl maßgebend. Die Satzung kann nicht einer Gesellschaftsbehörde oder einem Dritten die nähere Bestimmung der Zahl innerhalb gewisser Grenzen überlassen (§. 182 Anm. IVa, §. 231 Anm. IIa; dagegen O.L.G. Dresden vom 30. Nov. 1885 Z.f.H. Bd. 35 S. 238). — Solange die in

der Satzung bestimmte oder mangels solcher Bestimmung die gesetzliche Zahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht vorhanden ist, kann der Aufsichtsrat nicht handeln (R.O.H. XIV, 314). Darüber, ob auch alle vorhandenen Mitglieder mitwirken müssen, vgl. unten Anm. III.

b. **Art der Bestellung.** Aus §. 243 Abs. 1 (vgl. auch Abs. 2—4: „Wahl", „wählen", §. 190 Abs. 1, 2) ist zu schließen, daß nur die Wahl durch die Generalversammlung zulässig ist (§. 250 Anm. V b 1), keine andere Bestellungsart; daher insbesondere nicht Zuwahl oder Bestellung durch einen Dritten (M. 139), oder stillschweigende (nicht besonders beschlossene) Genehmigungserteilung seitens der Generalversammlung zu einer solchen Zuwahl oder Bestellung (R.G. vom 2. Nov. 1886 Seuffert R.F. Bd. 12 S. 334), und zwar auch soweit die Zahl der Mitglieder die gesetzliche Zahl von drei Mitgliedern übersteigt (Pinner Anm. II, Esser Anm. 2; das Gegenteil vorausgesetzt in R.O.H. XIV, 314). Dagegen ist für zulässig zu erachten, daß die A.G. durch Vertrag die Verpflichtung übernimmt, bestimmte Personen zu Mitgliedern des Aufsichtsrats zu wählen; doch muß sie in der Lage bleiben, die gewählten Mitglieder abzusetzen und zur Verantwortung zu ziehen (vgl. §. 231 Anm. I). An der Wahl dürfen auch diejenigen Aktionäre, welche Vorstandsmitglieder oder sonstige Gesellschaftsbeamte sind, teilnehmen; ein dies verbietender Zusatz der Reichstagskommission (K.B. 75) wurde vom Reichstag wieder gestrichen (Sten. Ber. S. 91). — Über die Notwendigkeit einer Annahme der Wahl vgl. §. 190 Anm. I, R.O.H. XIV, 313. — Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl von der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, nicht als erfolgt anerkannt wird, kann gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, auf Anerkennung und auf Zulassung zur Ausübung des Amtes (vorbehaltlich etwaigen Widerrufs) klagen; wird es thatsächlich durch Gesellschaftsbeamte an der Ausübung seines Amtes gehindert, so kann es auch diese Beamten persönlich auf Unterlassung der Störung in Anspruch nehmen (vgl. nach früherem Recht R.O.H. XVII, 107). — Über die Art der Bestellung des ersten Aufsichtsrats vgl. §. 190 Abs. 1, 2.

c. **Wählbarkeit.** Auch wer nicht Aktionär, ist wählbar (K.B. 78), doch darf die Satzung jedem Mitglied des Aufsichtsrats die Hinterlegung einer bestimmten Zahl von Aktien als Sicherheit vorschreiben. Wählbar sind nur natürliche, nicht auch juristische Personen oder offene Handelsgesellschaften (K.B. 20, App.H. Köln vom 4. Nov. 1873 Z.f.H. Bd. 22 S. 336; dagegen Völderndorff in Busch, Archiv Bd. 47 S. 1). Nicht wählbar sind Vorstandsmitglieder, nicht wählbar auch frühere Vorstandsmitglieder vor Entlastung (§. 248). Die Satzung kann besondere Voraussetzungen für die Wählbarkeit aufstellen (zweifelnd Esser Anm. 4); doch darf auch auf diesem Wege die Einengung nicht so weit erfolgen, daß dadurch ein Wählen durch die Generalversammlung (oben Anm. IIb) ausgeschlossen würde. Staatsbeamte sind wählbar; für bestimmte Fälle besteht jedoch die (für die Giltigkeit der Annahmeerklärung unerhebliche) Vorschrift, daß für den Eintritt in den Aufsichtsrat die Genehmigung der vorgesetzten Behörde nachzusuchen ist (§. 231 Anm. IIa). Ein Verbot, mehrere Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sei es in den Vorstand, sei es in den Aufsichtsrat, sei es teils in ersteren teils in letzteren zu wählen, besteht nicht (Hergenhahn in Busch, Archiv Bd. 47 S. 113, Esser Anm. 6, Pinner §. 248 Anm. V gegen Völderndorff in Busch, Archiv Bd. 47 S. 1 ff.). Ebensowenig schließt nahe Verwandtschaft mit anderen Aufsichtsratsmitgliedern oder mit Vorstandsmitgliedern die Wählbarkeit aus (K.B. 20). Auch nicht der Umstand, daß der zu Wählende nicht im Vollbesitz der Ehrenrechte oder im Konkurs ist (M. 226).

d. **Amtsdauer.** Als Grenze des Zeitraums ist nicht wie in Art. 191 A.D.H. der Schluß eines Geschäftsjahrs genannt, sondern die Beendigung derjenigen ordentlichen Generalversammlung, welche (in der Regel) die Neuwahlen vorzunehmen hat; die frühere Vorschrift führte zu dem Mißstande, daß die Aufsichtsratsmitglieder in der Regel zu

einem Zeitpunkt ausscheiden mußten, in dem die Möglichkeit von Neuwahlen nicht besteht (Denkschr. 142). Die Verschiedenheit in der Fassung zwischen Abs. 2 („zur Beschlußfassung abgehalten wird") und Abs. 3 („beschließt") ist wohl unbeabsichtigt; die Fassung des Abs. 2 ist die genauere und die Fassung des Abs. 3 wohl nur als Abkürzung der ersteren gemeint. Hiernach ist als in Betracht kommende Generalversammlung zwar nur diejenige zu rechnen, welche ordnungsmäßig berufen ist und auf deren Tagesordnung die Beschlußfassung über die Jahresbilanz (§. 260) gesetzt ist; unerheblich dagegen ist, ob auf der Generalversammlung thatsächlich ein Beschluß über die Bilanz zustande kommt, unerheblich auch, ob auf die Tagesordnung die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern gesetzt war oder ob eine solche Wahl erfolgt.

1. **Erster Aufsichtsrat.** §. 243 Abs. 2. Die Wahl desselben (§. 190 Abs. 1, 2) „gilt" für die in §. 243 Abs. 2 angegebene Zeit. Damit soll ausgedrückt werden, daß weder die Festsetzung eines längeren noch aber auch die Festsetzung eines kürzeren Zeitraums zulässig ist; letzteres wegen der Befürchtung, daß dann auch der zweite Aufsichtsrat unter dem Einflusse der Gründer stehen könnte (M. 141). Doch ist ein Widerruf vor Zeitablauf (§. 243 Abs. 4) auch bezüglich des ersten Aufsichtsrats zulässig (R.G. XXIV, 56). Ebenso ein Ausscheiden von Mitgliedern und entsprechende Ergänzungswahl; ferner auch die Wahl neu hinzukommender Mitglieder infolge Vermehrung der vorgeschriebenen Mitgliederzahl durch Satzungsänderung (R.G. XXIV, 56). Auch die ergänzend oder neu gewählten Mitglieder gelten als Mitglieder des „ersten" Aufsichtsrats im Sinne des §. 243 (R.G. XXIV, 56); in §. 243 Abs. 2 ist mithin das Wort „erster" in anderem Sinne gebraucht als in §§. 190 Abs. 1, 199 Abs. 1 Ziffer 4. — Die Generalversammlung, bis zu deren Beendigung die Wahl gilt, muß 1. die zur Beschlußfassung über die (= eine) Jahresbilanz abgehaltene sein (Frist für deren Berufung vgl. §. 260 Abs. 2), 2. nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der Gesellschaft (§. 198) stattfinden. Hieraus folgt, daß dies nicht notwendig die erste nach Entstehung als Aktiengesellschaft (§. 200 Anm. I) zwecks Bilanzgenehmigung abgehaltene Generalversammlung zu sein braucht (denn jedes Geschäftsjahr, und insbesondere das erste Geschäftsjahr, selbst zuzüglich der Frist des §. 260 Abs. 2, kann kürzer sein als ein Kalenderjahr, §. 39 Abs. 2), ferner auch, daß die Amtsdauer des ersten Aufsichtsrats unter Umständen erheblich länger sein kann als ein Jahr, ja sogar zwei Jahre übersteigen kann.
2. **Späterer Aufsichtsrat.** §. 243 Abs. 3. Für die Amtsdauer desselben ist nur eine Höchstbegrenzung vorgeschrieben. Zulässig ist es mithin, die Amtsdauer in anderer Weise als durch Bezugnahme auf die Beendigung einer Generalversammlung zu bestimmen (Pinner Anm. VI 2b). Eine Wahl, welche für einen die gesetzliche Höchstgrenze übersteigenden Zeitraum vorgenommen wird, gilt bis zum Ablauf der Höchstgrenze (Pinner Anm. VI 3). Die in §. 243 Abs. 3 näher bezeichnete Höchstgrenze ist eine solche von ungefähr fünf Geschäftsjahren.

e. **Vertragsverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft.** Es gilt dasselbe wie bezüglich der Vorstandsmitglieder (§. 231 Anm. II b). Ist den Aufsichtsratsmitgliedern ein Entgelt für ihre Thätigkeit versprochen, so kommen die Vorschriften des B.G. über den Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung, anderenfalls die Vorschriften des B.G. über Auftrag zur Anwendung. Die Ausübung der Obliegenheiten der Aufsichtsratsmitglieder ist nicht übertragbar (§. 246 Abs. 4). Die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats (oben Anm. II d 1) sind stets nur Beauftragte, da es in der Willkür der Gesellschaft steht, ob sie ihnen nachträglich eine Vergütung bewilligen will (§. 245 Abs. 3). — Welche Gesellschaftsbehörde namens der Gesellschaft den Vertrag schließt, ist nicht unzweifelhaft. Anzunehmen ist wohl (§. 250 Anm. Vc), daß unmittelbar die Generalversammlung durch ihre Wahl (ohne Vermittelung durch

den Vorstand) das Vertragsanerbieten macht, daß dagegen die Annahme sowohl gegenüber der Generalversammlung wie gegenüber dem Vorstand erklärt werden kann. Bezüglich der Mitglieder des ursprünglichen Aufsichtsrats (§. 190) ist die Annahme eines Vertragsabschlusses unmittelbar mit der Generalversammlung als Vertreterin der Gesellschaft (§. 200 Anm. II a) jedenfalls nicht zu umgehen. Zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und den einzelnen Aktionären besteht kein Vertragsverhältnis (§. 241 Anm. IV c).

f. **Anspruch auf Vergütung.** Die Absicht der Parteien kann im Einzelfall dahin gehen, daß dem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung, oder auch dahin, daß ihm keine Vergütung gewährt wird. Im ersteren Falle besteht ein Anspruch auf die Vergütung in den Grenzen der Satzung (§. 245 Anm. II a) und mit den Beschränkungen des §. 245. Daß im Zweifel die Absicht unentgeltlicher Dienstleistung vorhanden (vgl. Keyßner in Z.f.H. Bd. 48 S. 511), ist nicht anzunehmen; vielmehr ist an sich weder die Absicht der Entgeltlichkeit noch die Absicht der Unentgeltlichkeit überwiegend wahrscheinlich. Vollends schließt der Umstand allein, daß die Satzung keine Bestimmung über die zu gewährende Vergütung enthält, nicht aus, daß eine solche zu gewähren ist (Ring Art. 192 Anm. 1 S. 501, Pinner Anm. I 1 gegen Staub Art. 192 §. 4 S. 537; vgl. jedoch unten §. 245 Anm. II b). Mangels anderweiter Bestimmung über die Höhe ist eine übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (B.G. §. 612 Abs. 2). — Selbst soweit kein Anspruch auf Vergütung besteht, kann die Generalversammlung einen bestimmten Betrag als Vergütung nachträglich bewilligen (R.O.H. XXII, 281; dagegen wohl Esser §. 245 Anm. 6); nur wenn das so Bewilligte dasjenige, was unter den Umständen des Einzelfalls billig ist (vgl. B.G. §. 534), übersteigt (ebenso Behrend §. 127 IV), würde allerdings insoweit jeder einzelne Aktionär auf der Generalversammlung widersprechen können (vgl. §. 250 Anm. III c 6). — Steht im Einzelfall der Anspruch auf Vergütung nicht jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, sondern nur allen gemeinsam (behufs demnächstiger Verteilung unter sich) zu, so ist B.G. §. 432 anwendbar: jeder einzelne kann Leistung an alle fordern (ebenso Pinner §. 237 Anm. II 3; dagegen Esser §. 245 Anm. 5 und nach früherem Recht R.O.H. XXIV, 355).

III. **Geschäftsführung.**

a. **Form** der Geschäftsführung. Das Gesetz bestimmt nichts darüber, in welcher Weise der Aufsichtsrat zusammentreten und seine Beschlüsse fassen soll. In erster Reihe entscheidet hierüber die Satzung und etwaige Beschlüsse der Generalversammlung. Mangels solcher Bestimmungen ist anzunehmen, daß die §§. 32, 34 B.G. entsprechend anwendbar sind, da in ihnen eine in Wahrheit für alle aus mehreren Mitgliedern bestehenden privaten Vereinsbehörden geltende Regelung zu erblicken ist, welche nur zufällig bloß bezüglich einzelner derartiger Behörden (vgl. B.G. §. 28 Abs. 1, § 86) ausdrücklich für maßgebend erklärt worden ist (vgl. auch §. 231 Anm. III). Da das Gesetz keine Beschränkung bezüglich der Beschlußfähigkeit enthält, so ist mangels einer anderweiten für den Einzelfall getroffenen Bestimmung anzunehmen, daß die nach ordnungsmäßiger Einladung Erschienenen stets auch beschlußfähig sind (entsprechend für Generalversammlung §. 250 Anm. V a 7), auch wenn nicht alle Mitglieder erschienen sind (dagegen Staub Art. 225 §. 11, Ring Art. 224 Anm. 1) und selbst wenn weniger als drei erschienen sind (dagegen Pinner Anm. V). Wollte man für jeden Beschluß die Teilnahme aller Mitglieder fordern, so wäre der Aufsichtsrat beschlußunfähig, wenn nur ein Mitglied wegen eigener widerstreitender Interessen am Mitbeschließen verhindert (Johow IV, 34) wäre. Hat der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden gewählt, so hat dieser im Zweifel die Versammlungen zu berufen und die Beratungen zu leiten. An ihn sind z. B. auch Anzeigen einzelner Aufsichtsratsmitglieder, daß sie ihr Amt niederlegen, zu richten (R.G. XIII, 50). —

Die Aufnahme eines Protokolls über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Geht ein Protokoll oder ein durch Rundschreiben gefaßter Beschluß verloren, so kann die Urkunde durch Bestätigung des früheren Beschlusses zu Protokoll einer neuen Sitzung oder durch Unterschreiben eines neuen Rundschreibens ersetzt werden (Johow XVIII, 37). — Über das Zusammenwirken bei Ausübung der Vertretungsmacht vgl. §. 247 Anm. I b.

b. **Inhalt** der Geschäftsführung. Vgl. §. 246 Anm. III.

IV. **Vertretungsmacht.** Vgl. §. 247.

V. **Widerruf.**

a. **Verhältnis zur Kündigung gemäß dem zu Grunde liegenden Vertrage.** Vgl. §. 231 Anm. V a.

b. **Beschränkung oder Ausschließung** des Widerrufs ist für unzulässig zu erachten (§. 231 Anm. V b).

c. **Widerrufsberechtigter** ist die Generalversammlung. Doch ist für den Beschluß die Erreichung einer Mehrheit von $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen (d. h. bei der betreffenden Beschlußfassung sachlich mitstimmenden, §. 207 Anm. II c, Denkschr. 142, R.G. XX, 143) Grundkapitals erfordert, soweit nicht die Satzung (§. 182 Anm. I) anderweite (erleichternde oder erschwerende) Bestimmungen enthält.

d. **Vertragsmäßige Vergütung.** Vgl. §. 231 Anm. V e. Der Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung (oben Anm. II f) bleibt auch bei Aufsichtsratsmitgliedern unberührt durch den Widerruf als solchen, trotzdem dies im Gesetz hier nicht besonders hervorgehoben ist (ebenso M. 141, Behrend §. 127 Anm. 28, Rudorff zu Abs. 4 Satz 1; dagegen Staub Art. 192 §. 7 S. 538, Ring Art. 191 Anm. 9 S. 499, Pinner Anm. VIII 4, Keyßner in Z.f.H. Bd. 48 S. 512). Da jedoch in dem Widerruf eine fristlose Kündigung liegt (§. 231 Anm. V a), so fällt der Anspruch auf Vergütung fort, wenn im Einzelfall für den Widerruf die sachlichen Voraussetzungen entweder des §. 626 B.G. (wichtiger Grund) oder des §. 627 B.G. (keine festen Bezüge) vorliegen (vgl. auch B.G. §. 628). Ist nur Gewinnanteil ohne Gewähr für einen Mindestbetrag zugesagt, so sind dies keine „festen Bezüge“ (Pinner Anm. VII 2 b gegen das bei Hagen in Gruchot Bd. 42 S. 366 Vorausgesetzte; vgl. H.G.B. §. 64 Anm.). Zulässig ist auch für andere als die obigen gesetzlichen Fälle der vertragliche Ausschluß einer Vergütung nach Widerruf (Rudorff zu Abs. 4 Satz 1); doch liegt kein Grund vor, einen derartigen Vertragswillen als stets vorliegend (so Staub Art. 192 §. 7 S. 538, Pinner Anm. VIII 4) anzunehmen.

Gegen vorstehende Ansicht kann nicht den Ausschlag geben, daß abweichend von den Fällen eines Widerrufs bei Prokuristen (§. 52 Abs. 1) und Vorstandsmitgliedern (§. 231 Abs. 3) hier nicht hervorgehoben ist, daß der Widerruf nur „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung“ geschehe. Denn in jenen Fällen ist der Zusatz nur zwecks größerer Deutlichkeit hinzugefügt, und hier ist er nicht etwa zu dem Zweck fortgelassen, um dadurch einen sachlichen Unterschied auch äußerlich zu kennzeichnen, sondern nur weil der Vorbehalt selbstverständlich sei (M. 141: „den Entschädigungsansprüchen abberufener Mitglieder aus bestehenden Verträgen wird selbstverständlich nicht präjudizirt“).

Eine Entscheidung ist auch nicht ableitbar daraus, daß man mit Rücksicht auf die gesetzliche Zulässigkeit jederzeitigen Widerrufs den Vertragswillen der Parteien dahin auslegt, es solle bei Widerruf ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung für die Zukunft ausgeschlossen sein. Hierin läge ein fehlerhafter Kreisschluß; denn wenn man einen dem Gesetz entsprechenden Vertragswillen voraussetzen will, so muß zunächst unabhängig vom Vertragswillen ermittelt werden, was das Gesetz bestimmt.

Als entscheidend dafür, daß bei Aufsichtsratsmitgliedern der Widerruf auch das Erlöschen von Vertragsansprüchen bewirkt, ist endlich auch nicht §. 245 Abs. 2 an=

zusehen. Derselbe ist **nicht** dahin auszulegen, daß die Gesellschaft einseitig und willkürlich eine versprochene Vergütung mit Wirkung für die Zukunft herabsetzen könne, ohne daß jemals das Aufsichtsratsmitglied demgegenüber weitergehende Ansprüche aus dem früheren Vertrage geltend machen könne (§. 245 Anm. II e). Aber selbst wenn man den §. 245 so auslegen wollte, so würde daraus noch nichts für die Auslegung des §. 243 folgen, denn in §. 245 handelt es sich um Aufstellung einer **allgemeinen** Regel, der sich künftig **alle** Aufsichtsratsmitglieder zu unterwerfen haben, während nach §. 243 ein **einzelnes** Aufsichtsratsmitglied herausgegriffen werden kann; eine für den ersteren Fall getroffene Regelung wäre daher nicht notwendig anwendbar auf den letzteren Fall.

§. 244. **Bekanntmachung von Änderungen.**

Jede Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsraths ist von dem Vorstand unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Vorstand hat die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 224. **Entw. II** §. 239.

§. 244.

I. **Bekanntmachung.**

a. **Verpflichteter** ist „der Vorstand" (§. 234 Anm. I c).

b. **Art** der Bekanntmachung. Vgl. §. 182 Anm. IV b 7. Eine Eintragung der Aufsichtsratsmitglieder in das Handelsregister erfolgt weder beim ursprünglichen Aufsichtsrat (§. 198), noch bei späteren Änderungen.

c. **Inhalt** der Bekanntmachung. Bekannt zu machen ist jede Änderung in der Person der Mitglieder (vgl. §. 234 Anm. I d 1). Bezüglich des **ursprünglichen** Aufsichtsrats ist Veröffentlichung durch das **Registergericht** vorgeschrieben (§. 199 Abs. 1 Ziff. 4; vgl. auch §. 201 Abs. 4). In der Regel wird auch in der Bekanntmachung der **Änderungen** Name, Stand und Wohnort angegeben werden; doch genügt, da keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, auch **anderweite** deutliche Bezeichnung, insbesondere bezüglich der **ausscheidenden** Mitglieder (dagegen **Esser** Anm. 2).

II. **Einreichung.** Die Einreichung hat durch „den Vorstand" (§. 234 Anm. I c) zu erfolgen. Da keine Ausnahme vorgeschrieben ist, muß gemäß allgemeiner Regel (§. 13 Abs. 1) die Einreichung sowohl bei dem Registergericht des Sitzes wie bei den Registergerichten aller anderen Niederlassungen (§. 201 Anm. II) erfolgen.

III. **Erzwingung.** Zwar nicht unmittelbar das **Bekanntmachen**, aber doch das **Einreichen** kann vom Registergericht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§. 14). Daher **mittelbar** wohl auch **ersteres** (vgl. §. 265 Anm. III); denn Voraussetzung der Einreichungspflicht ist wohl nicht das Vorhandensein einer **Bekanntmachung**, sondern das Vorhandensein einer **Änderung** in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats.

§. 245. **Vergütung für Thätigkeit.**

Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsraths für ihre Thätigkeit eine Vergütung, die in einem Antheil am Jahresgewinne besteht, so ist der Antheil von dem Reingewinne zu berechnen, welcher nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen sowie nach Abzug eines für die Aktionäre bestimmten Betrags von mindestens vier vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals verbleibt.

Ist die den Mitgliedern des Aufsichtsraths zukommende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt, so kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Vergütung herabgesetzt wird, von der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsraths kann eine Vergütung für ihre Thätigkeit nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden. Der Beschluß kann nicht früher als in derjenigen Generalversammlung gefaßt werden, mit deren Beendigung die Zeit, für welche der erste Aufsichtsrath gewählt ist, abläuft.

A.D.H. Art. 224 (192). **Entw. I** §. 225. **Entw. II** §. 240.

§. 245.

I. **Gewährung und Berechnung eines Gewinnanteils.** Vgl. §. 237 Anm. I, II. Bezüglich des für die Aktionäre bestimmten Abzuges ist in §. 245 Abs. 1 nur ein Mindestanteil zwingend angegeben. Durch Satzungsbestimmung kann auch ein höherer Anteil festgesetzt werden. Bezüglich der im Laufe des Geschäftsjahrs geleisteten Einzahlungen ist auch hier die in §. 214 Abs. 1 vorgesehene Berechnungsart (§. 214 Anm. IV b) für maßgebend zu erachten. Abzuziehen ist ein „für die Aktionäre bestimmter Betrag", d. h. ein Betrag, dessen Verteilung unter die Aktionäre beschlossen ist. Wenn demnächst die Verteilung thatsächlich nicht erfolgt, z. B. weil der Berechtigte sich nicht meldet, so erhöht sich dadurch nicht nachträglich der den Aufsichtsratsmitgliedern für jenes frühere Jahr zukommende Betrag.

II. **Festsetzung der Vergütung durch Satzungsbestimmung.**

a. **Verhältnis der Satzungsbestimmung zum Vertrag.** Das Aufsichtsratsmitglied steht im Vertragsverhältnis zur Gesellschaft (§. 243 Anm. II e). Hält man die Ansicht (§. 243 Anm. II e) für zutreffend, daß bei Abschluß des Vertrages die Generalversammlung, nicht der Vorstand die A.G. vertritt, so kann man weiter annehmen, daß die Generalversammlung nur ermächtigt sei, einen der Satzung entsprechenden Vertrag zu schließen, daß daher eine gegen die Satzung verstoßende Vertragsbestimmung unverbindlich für die Gesellschaft sei. Wenn man hiervon ausgeht, ist erklärlich, daß in §. 245 Abs. 2 allein auf die Satzungsbestimmung, nicht auch auf den Vertrag Gewicht gelegt ist. Allerdings wird die Ansicht vertreten, daß mangels einer ausdrücklichen Satzungsbestimmung überhaupt keine Vergütung an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden dürfe (§. 243 Anm. II f), es sei denn durch (doch auch nur für die Zukunft wirkende!) Satzungsänderung (Esser Anm. 6, Staub Art. 192 §. 4 S. 537); im Gesetz ist jedoch eine derartige Beschränkung nicht enthalten (Ring Art. 192 Anm. 1 S. 501, Behrend §. 127 IV, Pinner Anm. I 1).

b. „**Ist die . . . Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt**". Hiernach erkennt §. 245 Abs. 2 ein Herabsetzungsrecht der Generalversammlung nur für den Fall an, daß in der Satzung eine Bestimmung über die Vergütung enthalten ist. Die Vorschrift wird indessen wohl entsprechend auch auf den Fall angewendet werden müssen, daß die Satzung keine diesbezügliche Bestimmung enthält und eine solche erst neu aufgenommen werden soll (vgl. §. 196 Anm. III b 3); denn auch hierin liegt ein Beschränken durch Satzungsänderung.

c. **Vergütung.** Die Abs. 2 und 3 sind nicht wie Abs. 1 auf den Fall einer Zusage von Gewinnanteilen beschränkt. Unter Vergütung ist jede Art Gegenleistung zu verstehen. Unter Umständen wird allerdings schwer zu trennen sein, welcher Teil der Gegenleistung eine Vergütung für die Dienste als Aufsichtsratsmitglied, welcher Teil

ein Entgelt für andere Leistungen ist. So z. B. wenn jemand sein Unternehmen an eine A.G. verkauft und sich verpflichtet, für eine Reihe von Jahren in deren Aufsichtsrat zu treten (Pinner Anm. I 1 nimmt — wohl unzutreffend — an, daß in diesem Fall keine Vergütung gewährt werde).

d. **Beschluß, die in der Satzung festgesetzte Vergütung herabzusetzen.** Dieser Beschluß enthält eine Satzungsänderung. Trotzdem (als Ausnahme von §. 275 Abs. 1) fordert für ihn §. 245 Abs. 2 nur einfache Stimmenmehrheit (§. 251). Die allgemeinen Voraussetzungen für jede Beschlußfassung auf Generalversammlungen (§. 256) bleiben jedoch auch für den Fall des §. 245 Abs. 2 bestehen. — Ein Beschluß auf Erhöhung der in der Satzung bestimmten Vergütung unterliegt den gewöhnlichen Bestimmungen über Satzungsänderung.

e. **Wirkung des Beschlusses.** Hierüber ist auffälliger Weise nichts im §. 245 Abs. 2 gesagt. Ziemlich sicher ist wohl, daß ein derartiger Beschluß nicht nachträglich den Aufsichtsratsmitgliedern diejenigen Ansprüche entziehen kann, für welche sie bereits ihrerseits die volle Gegenleistung gewährt haben (ebenso Pinner Anm. IV, Esser Anm. 3, Pemsel bei Holdheim Ztschr. 1898 S. 241). Die Aufsichtsratsmitglieder behalten daher für die Vergangenheit einschließlich des (nach Verhältnis der Zeit in Anrechnung kommenden) bereits abgelaufenen Teiles des laufenden Geschäftsjahrs den Anspruch auf die höhere Vergütung. Für die Zukunft könnte es an sich zweifelhaft sein, ob die geänderte Satzungsbestimmung nur für Schließung neuer Verträge (z. B. bei Neuwahlen oder Wiederwahlen) grundlegend sein, oder ob sie auch in die bestehenden Verträge eingreifen soll, so daß von dem Augenblick der Eintragung des Beschlusses (§ 277 Abs. 3) das Aufsichtsratsmitglied nur die geringere Vergütung beziehen darf. Beabsichtigt war wohl das letztere, denn die in das Gesetz übergegangene Bestimmung wurde vorgeschlagen, weil es nicht zweckmäßig sei, die Vergütung im voraus (auf höchstens etwa 5 Jahre) durch Generalversammlungsbeschluß festzulegen (Sten.Ber. 94), was nach der Fassung der Reichstagskommission (K.B. 76) erforderlich gewesen wäre. Da aber andererseits im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, daß durch den Satzungsänderungsbeschluß der Gesellschaft die Rechte der Aufsichtsratsmitglieder aus bestehenden Verträgen einseitig ohne Ersatzpflicht aufgehoben werden dürfen (ebenso Rudorff zu Abs. 2; dagegen Pinner Anm. IV), so ist für das Vertragsverhältnis der Gesellschaft zu den Aufsichtsratsmitgliedern der dem betreffenden Vertragsverhältnis widersprechende Beschluß, die Vergütung herabzusetzen, aufzufassen als ein Widerruf der bisherigen Bestellung (§. 243 Abs. 4) verbunden mit einer Neuwahl unter Angebot veränderter Vertragsbedingungen (dagegen Pinner a. a. O., der in dem Herabsetzungsbeschluß nur einen wichtigen Grund sieht, der das Aufsichtsratsmitglied berechtigt, seinerseits den Vertrag zu lösen). Unterwerfen sich die Aufsichtsratsmitglieder den neuen Bedingungen, indem sie ihr Amt fortführen, so liegt darin ein Verzicht auf die Ansprüche aus dem früheren Vertrage. Führen sie dagegen unter den veränderten Bedingungen ihr Amt nicht weiter, so ist nach den für den Widerruf maßgebenden Bestimmungen zu beurteilen, ob im Einzelfall ihnen ein Anspruch auf vertragsmäßige Vergütung auch für die Zukunft zusteht.

III. Vergütung für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats.

a. **Beschluß der Generalversammlung.** Ergeht kein entsprechender Generalversammlungsbeschluß, so haben die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats keinen Anspruch, überhaupt eine Vergütung zu erhalten. Der §. 315 B.G. ist nicht anwendbar, da die Gewährung einer Vergütung in die Willkür der Generalversammlung gestellt ist (Planck, B.G. §. 315 Anm. 5).

b. **Zeit der Beschlußfassung.** Die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahres

seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird (§. 243 Abs. 2). Frühestens in dieser Generalversammlung kann die Bewilligung ausgesprochen werden. Eine frühere Bewilligung ist nichtig („kann", B.G. §. 134, K.B. 21). Ob eine früher thatsächlich ausgezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann, ist nach den Regeln über Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu entscheiden (B.G. §§. 812 ff., 817).

§. 246.

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats.

Der Aufsichtsrath hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Werthpapieren und Waaren untersuchen. Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsraths werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht Anderen übertragen.

A.D.H. Art. 225. **Entw. I** §. 225. **Entw. II** §. 241.

§. 246.

I. **Recht und Pflicht.** Soweit nach §. 246 dem Aufsichtsrat ein Recht zusteht, hat er auch die Pflicht, es auszuüben (K.B. 21), soweit die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§. 249 Abs. 1) dies erfordert. Hierbei besteht noch der Unterschied, daß die in Satz 1 und 3 genannte Thätigkeit jedenfalls vorgenommen werden muß und nur der Umfang derselben dem pflichtmäßigen Ermessen überlassen bleibt („hat"), während bezüglich der in Satz 2 genannten Thätigkeit auch die Frage, ob sie überhaupt vorgenommen werden soll, pflichtmäßig zu erwägen ist („kann"). Diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, welche die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, haften gemäß §. 249 Abs. 2, 3.

II. **Berechtigter** ist „der Aufsichtsrat", also die Behörde, nicht etwa jedes einzelne Mitglied. Doch kann der Aufsichtsrat ein einzelnes seiner Mitglieder oder einen Unterausschuß mit der Ausübung der Überwachungs- und Nachprüfungsthätigkeit auf bestimmten Gebieten beauftragen und hierzu ermächtigen. Für einen einzelnen Anwendungsfall ist dies in §. 246 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben; aber auch in anderen Fällen, in denen es sich nur um Einsichtnahme und Prüfung handelt, ist es zulässig (K.B. 22, M. 150). Durch eine derartige Beauftragung einzelner werden aber die übrigen Mitglieder nicht vollständig frei von Verantwortung nach außen (vgl. §. 239 Anm. II; anders Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 337).

III. **Inhalt der Geschäftsführung.** Über die Form der Geschäftsführung vgl. §. 243 Anm. III a.

a. **Gesetzlicher** Inhalt.

1. **Überwachung der Verwaltung anderer.** (Vgl. K.O. §. 88 über entsprechende Rechte des Gläubigerausschusses). In der gesetzlichen Stellung des Aufsichtsrats ist die Überwachungsthätigkeit die überwiegende (R.G. III, 129). Der §. 246 Abs. 1 spricht den Grundsatz aus und hebt zugleich die wesentlichen Einzelmaßnahmen hervor, welche diesem Zweck dienen sollen. Betreffs Überwachung der Liquidatoren vgl. §. 298 Abs. 2. — Über die Erzwingung der erforderlichen Maßnahmen durch Verhängung von Ordnungsstrafen gegen die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren seitens des Registergerichts vgl. §. 319 Abs. 1.

α. Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung. Geschäftsführung „der Gesellschaft" ist sowohl diejenige des Vorstandes wie auch diejenige der untergeordneten Gesellschaftsbeamten, -bediensteten und -beauftragten. (Der Art. 225 A.D.H. erwähnte nur ein Überwachen „des Vorstandes"). Die Überwachung soll die denkbar umfangreichste sein, sie soll sich auf alle Zweige der Verwaltung erstrecken. Zur Überwachung gehört namentlich auch das etwa erforderliche Einschreiten; so insbesondere, wenn eine der in §. 241 Abs. 3 aufgeführten Handlungen vorgenommen wird (§. 249 Abs. 3).

β. Sich Unterrichten vom Gang der Angelegenheiten der Gesellschaft zum Zweck der Überwachung. Vgl. §. 118 Anm. II b. Durch die Worte „zu dem Zwecke" sollte klargestellt werden, daß das Sich-Unterrichten nur in demjenigen Umfange zu geschehen brauche, welcher für den Zweck der Überwachung erforderlich sei, daß nicht ein Kenntnisnehmen von jeder Einzelheit zu den Pflichten des Aufsichtsrats gehöre (K.B. 21).

γ. Jederzeitige Zulässigkeit des Verlangens einer Berichterstattung des Vorstandes über die Angelegenheiten der Gesellschaft. Das Verlangen ist an „den Vorstand" zu richten und von diesem als Behörde zu erfüllen. Unter „Berichterstattung" ist etwas Ausführlicheres verstanden als eine kurze Auskunft; das letztere ist jedoch gegenüber dem ersteren nur etwas minderes, nichts anderes. In der Regel wird der Aufsichtsrat nur über bestimmte einzelne Angelegenheiten Berichterstattung verlangen. Daß die Berichterstattung stets schriftlich sein müsse, ist nicht bestimmt; doch wird der Aufsichtsrat im Einzelfall dies vorschreiben können. Das „jederzeit" soll nur ausdrücken, daß der Aufsichtsrat nicht an Einhaltung bestimmter Fristen sich zu binden braucht; auch dies Recht darf indessen nicht weiter ausgedehnt werden, als es für eine wirksame Überwachung erforderlich ist. — Auch ohne besonderes Verlangen muß der Vorstand nach Abschluß jedes Geschäftsjahrs dem Aufsichtsrat eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht vorlegen (§. 260 Abs. 2).

δ. Einsehen der Bücher und Schriften der Gesellschaft. Vgl. §. 118 Anm. II c. Der Aufsichtsrat darf zwar einen geeigneten Bücherrevisor zuziehen (M. 150, O.L.G. Karlsruhe v. 2. Mai 1890 Holdheim, Ztschr. 1892 S. 58, O.L.G. Hamburg v. 17. März 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 476); dagegen braucht der Vorstand sich nicht die vollständige Übertragung des Einsichtsrechts an einen Dritten gefallen zu lassen (vgl. auch §. 246 Abs. 4). Über das Einsichtsrecht von Revisoren vgl. §. 267.

ε. Untersuchen des Bestandes der Gesellschaftskasse und der Bestände an Wertpapieren und Waren. Vgl. oben zu δ. Wertpapiere vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1 e, §. 179 Anm. IV b. Waren vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1 d. Das Untersuchungsrecht beschränkt sich nicht auf

die (hier nur als wichtige Beispiele genannten) Wertpapiere und Waren, erstreckt sich vielmehr auf alle Vermögensgegenstände der Gesellschaft, z. B. auch auf Gebäude und Betriebsanlagen.

ζ. Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung. Unter Jahresrechnungen sind die Aufstellungen und Abschlüsse zu verstehen, die gelegentlich Feststellung der Jahresbilanz und zur Vorbereitung derselben gemacht werden. Hierunter fällt insbesondere auch die Gewinn- und Verlustrechnung (§. 260 Anm. V b). Esser Anm. 5 will unter Jahresrechnungen die Gewinn- und Verlustrechnungen allein verstanden wissen. Die Prüfung aller etwa gezogenen Bilanzen, nicht etwa nur der gesetzlich erforderlichen Jahresbilanz ist vorgeschrieben. Zu prüfen sind die Übereinstimmung der Bilanz mit den Büchern und der Inventur, sowie die Grundsätze, nach denen die Bilanz aufgestellt ist (Simon, Bilanzen §. 45 Anm. 24), insbesondere auch die einzelnen Wertansätze (K.B. 90). Über das weitere Verfahren betreffs Jahresbilanz und Gewinnverteilung vgl. §. 260.

2. **Eigene Mitwirkung bei der Verwaltung.** Über die Wirksamkeit des Erfordernisses der Zustimmung des Aufsichtsrats für das Verhältnis der Gesellschaft zu den Vorstandsmitgliedern und für das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten vgl. §. 235.

α. Berichterstattung an Generalversammlung betreffs Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung (§. 246 Abs. 1 Satz 3) sowie Abfassung von Bemerkungen zum Entwurf der Jahresbilanz, zur Gewinn- und Verlustrechnung und zum Geschäftsbericht (§. 260 Abs. 2; vgl. §§. 263 Abs. 2, 265 Abs. 2). Der in §. 246 erwähnte „Bericht" des Aufsichtsrats ist wohl nicht dasselbe wie die in §§. 260, 263, 265 erwähnten „Bemerkungen" (ebenso Pinner §. 260 Anm. VII). Der „Bericht" kann nach dem Ermessen des Aufsichtsrats mündlich oder schriftlich sein; die „Bemerkungen" müssen schriftlich sein. Der „Bericht" bezieht sich auf alle Jahresrechnungen, alle Bilanzen (oben Anm. III a 1 ζ) und auf die Vorschläge zur Gewinnverteilung (§. 260 Anm. III), die „Bemerkungen" betreffen nur die Gewinn- und Verlustrechnung (§. 260 Anm. V b), nur den Entwurf der Jahresbilanz (§. 260 Anm. II a), garnicht die Vorschläge zur Gewinnverteilung, dagegen außerdem auch den Geschäftsbericht (§. 260 Anm. V c).

β. Berufung einer Generalversammlung, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich (§. 246 Abs. 2), oder (unter gewissen Voraussetzungen) auf Verlangen von Aktionären (§. 254 Anm. III). Unter den gleichen Voraussetzungen ist auch der Vorstand zur Berufung verpflichtet. Kommt dieser der ihm obliegenden Verpflichtung nach, so braucht nicht außerdem auch der Aufsichtsrat zu berufen. In dem Recht, zu berufen, liegt auch das Recht der Festsetzung einer Tagesordnung bei Berufung (vgl. §. 256). — Das Berufungsrecht des Aufsichtsrats kann nicht durch Satzungsbestimmung eingeschränkt werden; unwirksam ist daher z. B. eine Satzungsbestimmung, wonach der Aufsichtsrat nur berufen darf, wenn der Vorstand binnen bestimmter Frist nicht der Aufforderung des Aufsichtsrats, zu berufen, nachkommt (Kahn bei Holdheim, Ztschr. 1899 S. 133).

γ. Prüfung und Berichterstattung betreffs Hergang der

Gründung (§§. 192, 193). Diese Pflicht liegt allerdings nicht dem Aufsichtsrat als Behörde, sondern den einzelnen Mitgliedern ob (§. 192 Anm. I).

δ. Anmeldung der Gesellschaft zur erstmaligen Eintragung bei dem Gericht des Sitzes (§. 195). Mitwirkende sind die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats.

ε. Berichterstattung in der errichtenden Generalversammlung (§. 196 Abs. 3).

ζ. Berichterstattung bei Nachgründungen (§. 207 Abs. 2).

η. Zustimmung zur Übertragung von Kleinaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist (§. 222 Abs. 4).

ϑ. Anordnung betreffs Vertretungsmacht von Vorstandsmitgliedern (§. 232 Abs. 2 Satz 2).

ι. Erteilung der Einwilligung zu Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder, falls letztere vom Aufsichtsrat bestellt werden (§. 236 Abs. 1 Satz 2). — Für die K.A.G. vgl. §. 326 Abs. 1.

κ. Zustimmung zur Bestellung eines Prokuristen (§. 238).

λ. Vertretung der Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern und Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen letztere (§. 247). — Für die K.A.G. vgl. §. 328 Abs. 3.

μ. Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern (§. 248).

ν. Recht jedes Mitgliedes des Aufsichtsrats zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, wenn der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden (§. 271 Abs. 4).

ξ. Vertretung der Gesellschaft im Anfechtungsstreit (§. 272 Abs. 1).

ο. Vornahme von Fassungsänderungen der Satzung kraft Ermächtigung durch die Generalversammlung (§. 274 Abs. 1).

π. Anmeldung eines Beschlusses über Erhöhung und der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister (§§. 280, 284). Mitwirkende sind die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats.

ρ. Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§. 295 Abs. 2, 3).

σ. Klage auf Nichtigkeit der Gesellschaft (§. 309). Berechtigt zur Anstellung der Klage ist jedes Mitglied.

τ. Bei der K.A.G.: Ausführung der Beschlüsse der Kommanditisten und Vertretung der letzteren in Rechtsstreitigkeiten (§. 328).

b. Satzungsmäßiger Inhalt. §. 246 Abs. 3. Die Satzung (§. 182 Anm. I) kann nicht die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats beschränken; dagegen ist eine Erweiterung der Obliegenheiten (und der entsprechenden Rechte) des Aufsichtsrats zulässig („weitere", vgl. auch Denkschr. 143), wenn auch nicht notwendig (Johow XV, 55). Da die weiteren Obliegenheiten „durch den Gesellschaftsvertrag" zu bestimmen sind, so wird wohl gefolgert werden müssen, daß eine Zuweisung von Obliegenheiten durch einfachen Generalversammlungsbeschluß nicht wirksam erfolgen kann, und daß mithin (§. 182 Anm. IVa) auch die in der Satzung etwa enthaltene

Bezugnahme auf eine von der Generalversammlung zu beschließende Dienstanweisung wirkungslos ist (dagegen Johow XV, 56). — Dem Aufsichtsrat kann — von bestimmten gesetzlichen Ausnahmen abgesehen — nicht durch die Satzung übertragen werden, eine Vorschrift zu erlassen, welche nach dem Gesetz nur durch Satzungsbestimmung getroffen werden kann (§. 182 Anm. IVa). In der Regel wird dem Aufsichtsrat in der Satzung die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§. 231 Anm. IIa) übertragen. Über die Zulässigkeit einer allgemeinen Bindung der Vorstandsmitglieder an die Weisungen des Aufsichtsrats vgl. §. 235 Anm. II.

IV. **Unübertragbarkeit.** §. 246 Abs. 4. Der §. 246 Abs. 4 erwähnt zwar ausdrücklich nur die „Obliegenheiten", meint aber Pflichten und Rechte. Er erwähnt nur Obliegenheiten der „Mitglieder des Aufsichtsrats". Da mit wenigen Ausnahmen (oben Anm. IIIa 2 γ, δ, ν, π, o,) die einzelnen Mitglieder als solche nur im Innern des Aufsichtsrats mitzuwirken, nicht aber als einzelne die Überwachungsrechte gegenüber dem Vorstand auszuüben haben (oben Anm. II), so bezieht sich §. 246 Abs. 4 unmittelbar ausschließlich auf ganz andere Obliegenheiten als die Absätze 1—3, nämlich im wesentlichen nur auf die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und Mitwirkung in denselben. Auch die Übertragung der Obliegenheit eines Aufsichtsratsmitglieds (z. B. Ausübung des Stimmrechts in der Aufsichtsratssitzung, M. 150) an ein anderes Aufsichtsratsmitglied ist unzulässig (Pinner Anm. III). Dasselbe, was §. 246 Abs. 4 bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich bestimmt, gilt aber selbst ohne ausdrückliche Anerkennung im Gesetz auch von dem Aufsichtsrat als Behörde; auch die Behörde kann in der Regel ihre Obliegenheiten weder Dritten noch einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern wirksam übertragen. Zulässig ist jedoch, daß der Aufsichtsrat einzelne seiner Mitglieder oder einen Unterausschuß zur Vornahme bestimmter Überwachungs- und Prüfungshandlungen beauftragt (oben Anm. II). Über die Frage, inwieweit der Aufsichtsrat bei Ausübung der Einsichts- und Untersuchungsrechte geeignete Hilfspersonen zuziehen kann, vgl. oben Anm. IIIa 1 δ.

Vertretungsmacht.

§. 247.

Der Aufsichtsrath ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen.

Handelt es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsraths, so kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen.

A.D.H. Art. 223 Abs. 3 (194). **Entw. I** §. 227. **Entw. II** §. 242.

§ 247.

I. **Ermächtigung des Aufsichtsrats.**

a. **„Befugt".** Vgl. §. 235 Anm. Ia. Bei dem Aufsichtsrat reicht die nach außen bestehende Ermächtigung zur Vertretung nicht weiter als die im inneren Verhältnis bestehende Befugnis zur Vertretung. (Auch §. 247 Abs. 2 bildet keine Ausnahme, da es auf das innere Verhältnis des Aufsichtsrats zur Gesellschaft, nicht zur Generalversammlung ankommt.) Daher giebt §. 247 zugleich die Grenzen für das Verhältnis nach innen an, trotzdem er in erster Reihe wohl als eine Festlegung des Verhältnisses nach außen gemeint ist. Daß der §. 247 in der That vorwiegend auf das Verhältnis nach außen zu beziehen ist, ergiebt sich z. B. daraus, daß andernfalls wohl nicht nur die „Befugnis" sondern auch die Pflicht (vgl. §. 268) zur

Führung der von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreite ausgesprochen sein würde (K.B. 79). Andererseits wäre die Hervorhebung, daß in den Fällen des Abs. 2 auch ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung geklagt werden könne, überflüssig, wenn nicht zugleich auch das Verhältnis nach innen in Betracht gezogen wäre. — Aus dem Zusammenfallen der (inneren) Vertretungsbefugnis und der (äußeren) Vertretungsmacht des Aufsichtsrats folgt z. B., daß ein nicht beschlußfähiger Aufsichtsrat auch nicht vertretungsberechtigt ist (R.G. v. 4. Novbr. 1890 J.W. 1891 S. 14).

b. **„Der Aufsichtsrat"** (Abs. 2: „dieser") ist ermächtigt. Da das Gesetz keine Bestimmung enthält, wonach einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats nach außen namens des letzteren auftreten könnten, so muß — mangels diesbezüglicher Satzungsbestimmung — für ein Auftreten nach außen ein Mitwirken aller Mitglieder des Aufsichtsrats als Gesamtvertreter gefordert werden (anders Pinner Anm. I), wie dies entsprechend auch für den Vorstand als Regel gilt (§. 232 Abs. 1 Satz 1). Ist die Ansicht zutreffend, daß im Verhältnis der inneren Geschäftsführung des Aufsichtsrats ein abweichender Grundsatz gilt (§. 243 Anm. III a), so ergiebt sich, daß z. B. für die Fassung eines Beschlusses des Aufsichtsrats auf Anstellung einer Klage gegen Vorstandsmitglieder die Mitwirkung von weniger Personen erforderlich ist als für die demnächstige thatsächliche Anstellung der Klage. Im inneren Verhältnis sind aber diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, welche bei dem Beschluß nicht mitgewirkt haben oder überstimmt worden sind, dennoch zur Mitwirkung bei Durchführung des Beschlusses verpflichtet, und ein Unterlassen dieser Mitwirkung wird in der Regel eine Verletzung ihrer Obliegenheiten (§. 249 Abs. 2) enthalten. — Die Ansicht von Hagen in Gruchot Bd. 42 S. 344, daß im Falle des Abs. 2 jedes einzelne Mitglied klagen könne, erscheint irrig.

c. **Nicht ausschließlich** der Aufsichtsrat ist zur Vertretung der Gesellschaft in den Beziehungen, welche §. 247 hervorhebt, ermächtigt. Falls der Vorstand trotz Beachtung des §. 181 B.G. (B.G. §. 34 kommt nur für die Geschäftsführung, nicht für die Vertretungsmacht in Betracht; H.G.B. §. 231 Anm. III) vertretungsmächtig bleibt (vgl. §. 48 Anm. IV, §. 125 Anm. III b), kann auch der Vorstand die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern vertreten (§. 235 Anm. III c 2), sowohl bei Rechtsgeschäften wie auch bei der Führung von Rechtsstreiten. Auch können besondere Vertreter zur Führung eines Rechtsstreits gegen Vorstandsmitglieder gewählt werden. Im Fall einer Wahl der Vertreter durch die Generalversammlung wird hierdurch — wie man wohl anzunehmen haben wird — bei Vorliegen der Voraussetzungen des §. 247 Absatz 2 dem Aufsichtsrat nicht das Recht entzogen, auch seinerseits namens der Gesellschaft zu klagen (§. 268 Anm. IV a). Anders bei Bestellung besonderer Vertreter durch das Gericht (§. 268 Anm. IVb 6). — Sind mehrere Gruppen von Vertretungsberechtigten vorhanden, so gilt das Gleiche wie bei dem Vorhandensein mehrerer einzelvertretungsberechtigten Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft; wird seitens einer Vertretergruppe die Klage namens der Gesellschaft angestellt, so tritt Rechtshängigkeit ein auch soweit die Gesellschaft von anderen Vertretergruppen vertreten werden kann; treten in demselben Rechtsstreit mehrere Vertretergruppen auf, so ist zu verfahren, als wenn notwendige Streitgenossenschaft vorläge (§. 124 Anm. II c).

II. **Vornahme von Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern.** [Neu aufgenommen im Anschluß an Genossenschaftsges. §. 39; Denkschr. 143.] Vor allem ist gedacht an die Vertretung der Gesellschaft bei Abschluß des Anstellungsvertrages mit den Vorstandsmitgliedern und den sich aus diesem Vertragsverhältnis weiter ergebenden Rechtsgeschäften, z. B. Kündigung oder Entgegennahme einer Kündigung. Die Beilegung der Vertretungsmacht an den Aufsichtsrat schließt wohl nicht aus, daß gleichzeitig auch der

Generalversammlung eine diesbezügliche Vertretungsmacht zusteht (§. 250 Anm. Vc 3); doch kann letzteres durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen werden. Über die Frage, ob der Aufsichtsrat zum Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern ermächtigt ist, vgl. §. 231 Anm. Vc. — Der bestimmte Artikel („den Vorstandsmitgliedern") soll nicht die Bedeutung haben, daß alle Vorstandsmitglieder bei dem betreffenden Rechtsgeschäft beteiligt sein müssen. — Die Ansicht Rudorffs, daß die Generalversammlung auch behufs Vornahme von Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern (nicht nur für einen Rechtsstreit gemäß §. 268) besondere Vertreter bestellen könne, ist wohl — außer bei diesbezüglicher Satzungsbestimmung (B.G. §. 30) — nicht zu billigen (vgl. jedoch Denkschr. 139, wonach Art. 235 A.D.H. nur als überflüssig fortgelassen), da — von besonderen im Gesetz angegebenen Ausnahmen abgesehen — die Generalversammlung nicht die Zuständigkeiten anderer Vereinsbehörden aufheben kann (vgl. B.G. §. 32).

III. **Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder.** Da das Vorliegen eines der nachstehend unter a, b und c aufgeführten Fälle Voraussetzung für das Vorhandensein der Vertretungsmacht ist (oben Anm. Ia), so muß (C.P.O. §. 56) die Gesellschaft, wenn sie durch den Aufsichtsrat als Vertreter klagt, das Vorliegen eines jener Fälle darthun. — Die Klage braucht nicht notwendig gegen alle Vorstandsmitglieder sich zu richten (vgl. Anm. II).

a. **Falls von der Generalversammlung die Anstellung des Rechtsstreits beschlossen ist.** §. 247 Abs. 1. Der Beschluß kann mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden, sowohl wenn der Anspruch aus der Gründung oder Geschäftsführung sich herschreibt (§. 268 Abs. 1), wie auch wenn er auf anderen Rechtsgründen beruht. In dem Beschluß auf Geltendmachung eines Anspruchs liegt im Zweifel auch der Beschluß, nötigenfalls einen Rechtsstreit über diesen Anspruch zu führen (vgl. §. 268).

b. **Falls in der Generalversammlung eine Minderheit,** deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, **die Anstellung des Rechtsstreits** wegen Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung **verlangt hat.** Vgl. §. 268 Anm. IVc.

c. **Falls es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt.** §. 247 Abs. 2. Auch in diesem Fall ist die Klage namens der Gesellschaft anzustellen (ebenso Staub S. 531 Anm. 2, Pinner Anm. II, Behrend §. 127 Anm. 12; dagegen Ring Art. 194 Anm. 2 S. 489). Nicht notwendig braucht die Verantwortlichkeit aller Mitglieder des Aufsichtsrats in Frage zu kommen. Die Fälle der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder sind zu entnehmen aus §§. 204, 249, 306 Abs. 6, 334 Abs. 4.

IV. **Andere Fälle einer Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat** sind aufgezählt in §. 246 Anm. IIIa 2 ξ, τ; vgl. ferner §. 266 Abs. 4. Streitig ist, ob darüber hinaus der Aufsichtsrat vertretungsberechtigt bezüglich aller Geschäfte ist, welche als Folge einer ordnungsmäßigen Handhabung seiner Geschäftsführungspflicht von ihm vorgenommen werden. Die Frage ist zu verneinen. Ebenso Staub Art. 225 Einl.; dagegen Pinner §. 246 Anm. II 5, O.L.G. Karlsruhe vom 2. Mai 1890 Holdheim, Ztschr. 1892 S. 58, O.L.G. Hamburg vom 17. März 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 476 betr. Zuziehung eines Bücherrevisors; dagegen wohl auch Denkschr. 143, wonach die Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern als ein besonders wichtiger Fall der Vertretung durch den Aufsichtsrat im neuen H.G.B. angeführt ist. Bedient sich der Aufsichtsrat zulässigerweise eines sachverständigen Rates oder zieht er für seine Nachprüfung der Bücher oder Bestände in angemessener Weise eine Hilfsperson zu, so wird nach außen nicht die Gesellschaft (außer etwa gemäß den Regeln auftragloser Geschäftsführung), sondern es werden die handelnden Mitglieder des Aufsichtsrats zur Leistung der Vergütung für den Rat oder für die Dienste der Hilfsperson verpflichtet. Jene Aufsichtsratsmitglieder ihrerseits können jedoch von der Gesellschaft Ersatz und

sogar Vorschuß fordern (B.G. §§. 669, 670). — Die einzelnen Überwachungshandlungen des Aufsichtsrats, soweit sie nur im Innern der Gesellschaft, insbesondere durch Erklärung gegenüber anderen Beamten oder Behörden, vorgenommen werden, und soweit in ihnen nicht etwa ein Rechtsgeschäft mit den Vorstandsmitgliedern liegt, werden nicht (wie R.G. in Strss. VII, 280 voraussetzt) namens der Gesellschaft, sondern lediglich namens des Aufsichtsrats vorgenommen; ebenso wie in dem Widerspruch eines geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft gegen die beabsichtigte Geschäftsführungshandlung des anderen kein namens der Gesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft, mithin auch keine Vertretung der Gesellschaft liegt. — Nur soweit der Aufsichtsrat nach Vorstehendem Vertreter der A.G. ist, sind §§. 31, 278 B.G. für die Haftung der A.G. auf Grund einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung des Aufsichtsrats maßgebend; darüber hinaus ist nur §. 831 B.G. anwendbar (für früheres Recht vgl. R.G. vom 7. Nov. 1890 J.W. 422).

§. 248. **Unvereinbare Stellungen.**

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern sein, auch nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen.

Nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum kann der Aufsichtsrath einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellen; während dieses Zeitraums und bis zur Entlastung des Vertreters darf der letztere eine Thätigkeit als Mitglied des Aufsichtsraths nicht ausüben. Auf die in solcher Weise bestellten Vertreter finden die Vorschriften des §. 236 keine Anwendung.

Scheiden aus dem Vorstande Mitglieder aus, so können sie nicht vor der Entlastung in den Aufsichtsrath gewählt werden.

A.D.H. Art. 225a. **Entw. I** §. 228. **Entw. II** §. 243.

§. 248.

I. **Unvereinbare Stellungen.** §. 248 Abs. 1 Satz 1.

a. **Vorstandsmitglieder, Stellvertreter, Gesellschaftsbeamte.** Um die thatsächliche Verschmelzung der Aufsichtsbehörde mit den Beaufsichtigten zu verhüten (M. 145), verbietet §. 248 den Mitgliedern des Aufsichtsrats, zugleich Mitglied des Vorstandes oder dauernder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds zu sein oder als Gesellschaftsbeamter die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Unter „dauernder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds“ ist ein Vorstandsmitglied zu verstehen, dessen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) durch das Eintreten der Behinderung eines anderen Vorstandsmitgliedes beschränkt ist (§. 242 Anm. I, II). Bestritten ist, was mit den Worten „als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen“ gemeint ist. Das „Beamte“ weist auf ein dauerndes Anstellungsverhältnis hin. Zulässig bleibt daher, daß Aufsichtsratsmitglieder die Führung eines oder mehrerer einzelnen Geschäfte der Gesellschaft übernehmen, z. B. die Ausführung eines Geldgeschäfts, die Führung eines Rechtsstreits. In der Bezeichnung „Beamter“ liegt aber ferner, daß der Angestellte nach außen namens der Gesellschaft auftritt, nicht vorwiegend eigene Leistungen als solche vorführt. Nicht Beamte sind daher z. B. die ausführenden Künstler einer Theater-A.G. Das „die Geschäfte der Gesellschaft führen“ scheint eine Gattung von Gesellschaftsbeamten von anderen Gattungen sondern zu wollen. Indessen ist nicht absehbar, in welcher Stellung man „Beamter“ sein

könnte ohne Geschäfte des Geschäftsherrn zu führen; denn „Geschäftsführung" ist weder auf die Thätigkeit der Zentralleitung noch etwa auf kaufmännische Thätigkeit zu beschränken. Höchstens könnten die fraglichen Worte eine Thätigkeit als untergeordneter Arbeiter oder Handlanger ausschließen. Hiernach ist verboten die Übernahme einer dauernden Stellung z. B. als Handlungsgehilfe, Betriebsbeamter, Werkmeister, Techniker, Vertrauensarzt, Justiziar (ebenso Staub Art. 225a §. 1; dagegen bezüglich der beiden letzten Beispiele Behrend §. 127 Anm. 17, Pinner Anm. II 2). — Der §. 248 verbietet nicht nur, daß Aufsichtsratsmitglieder zugleich Vorstandsmitglieder oder Gesellschaftsbeamte, sondern auch umgekehrt, daß Vorstandsmitglieder oder Gesellschaftsbeamte zugleich Aufsichtsratsmitglieder sind.

b. **Wirkung eines Verstoßes.** Nur der Zustand des gleichzeitigen Bestehens beider Eigenschaften ist verboten. Zulässig ist daher die Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes zum Vorstandsmitglied (nicht auch umgekehrt, unten Anm. III); nur muß der Gewählte bei (unbetagter) Annahme der letzteren Stellung gleichzeitig aus der ersteren ausscheiden. Bestritten ist, ob, wenn ein Aufsichtsratsmitglied ohne Niederlegung der Stellung als solches eine unvereinbare Stellung annimmt, das frühere Amt erlischt oder das neue nicht in Kraft tritt. Der Wortlaut spricht für letztere Ansicht (ebenso Förtsch Art. 225a Anm. 3, Petersen-Pechmann S. 463; dagegen Behrend §. 127 bei Anm. 19, Ring Art. 225a Anm. 1, Pinner Anm. II 1, Rudorff zu Abs. 1). Die Frage wird jedoch nicht oft auftauchen, da in der Regel in der Annahme des neuen Amtes zugleich die Erklärung der Niederlegung des früheren Amtes zu finden sein wird.

II. **Zeitweise Stellvertretung von Vorstandsmitgliedern.** §. 248 Abs. 1 Satz 2, 3.

a. **Bestellung.** Der §. 248 Abs. 1 Satz 2 ermächtigt kraft Gesetzes den Aufsichtsrat zu einer Bestellung seiner Mitglieder zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern auf Zeit. Es bedarf daher keiner diesbezüglichen Satzungsbestimmung; auch ist unerheblich, ob bei der betreffenden Gesellschaft dem Aufsichtsrat auch die Bestellung der ordentlichen Vorstandsmitglieder zusteht (K.B. 22). Doch ist wohl die Ausschließung dieses Rechts des Aufsichtsrats durch Satzungsbestimmung zulässig (Pinner Anm. III 1), dann aber auch wirksam für das Verhältnis nach außen (§. 247 Anm. Ia; dagegen Pinner a. a. O.). — Auch in diesem Fall einer Bestellung von Stellvertretern sind zwei Arten der Bestellung an sich möglich (§. 242 Anm. II): die unbedingte Bestellung (dann ist schon die Bestellung nur zulässig, wenn Behinderung vorliegt), oder die bedingte Bestellung (dann braucht die Behinderung nicht bereits bei Bestellung vorzuliegen, sondern ist nur maßgebend für das Eintreten der Bedingung). Der Wortlaut des §. 248 zwingt jedoch wohl dazu, die darin gegebene Ermächtigung nur auf den ersten Fall zu beziehen; „behinderten" ist wohl nicht auch im Sinne von „künftig etwa behinderten" zu verstehen (unten Anm. IIb 4), und die Ernannten sollen wohl bis zum Ablauf des begrenzten Zeitraums, nicht etwa (wie im obigen zweiten Fall anzunehmen wäre) nur bis zum Aufhören des Behinderungsfalles, Vorstandsmitglieder sein, wie sie auch „während dieses Zeitraums" keine Thätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder ausüben dürfen. Bei anderer Auslegung würde bei genügend weiter Bestimmung des Zeitraums eine dauernde Stellvertretung geschaffen werden können, was das Gesetz gerade verhindern wollte.

b. **Grenzen des Bestellungsrechts.**

1. Das Recht des Bestellens ist beschränkt auf das Bestellen von Aufsichtsratsmitgliedern.
2. Es ist beschränkt auf die Bestellung von Vertretern für Vorstandsmitglieder im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsbeamten.
3. Es ist ferner beschränkt auf das Bestellen für einen voraus begrenzten Zeit-

raum, d. h. einen kalendermäßig begrenzten (§. 215 Anm. IIb 1, Pinner Anm. III 2b); Verlängerung ist jedoch zulässig (Pinner a. a. O.).

4. Es ist endlich nur vorhanden, wenn ein Behinderungsfall bereits vorliegt (Johow XV, 30; dagegen Esser Anm. 3); nicht genügt, daß die Behinderung erst bevorsteht (oben Anm. IIa, L.G. Bremen v. 9. Novbr. 1895 bei Holdheim Ztschr. 1895 S. 358), auch nicht, daß sie sicher bevorsteht (dagegen Staub Art. 225a §. 2, Pinner Anm. III 2d, L.G. Bremen a. a. O.). Ein „behindertes Mitglied des Vorstandes" ist nur vorhanden, solange der Behinderte noch Vorstandsmitglied ist. Die Ermächtigung des §. 248 erstreckt sich daher nicht auf Bestellung eines Stellvertreters für ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied (ebenso Staub Art. 225a §. 2, Pinner Anm. III 2a, L.G. I Berlin v. 23. Septbr. 1896 bei Holdheim Ztschr. 1896 S. 371, vgl. B.G. §. 1665; dagegen K.B. 22, K.B. 80, Behrend §. 127 Anm. 20, Ring Art. 225a Anm. 2, Esser Anm. 2, Hergenhahn in Holdheim Ztschr. 1895 S. 8, Holdheim in Holdheim Ztschr. 1893 S. 136, L.G. Glogau v. 20. Dezbr. 1892 bei Holdheim Ztschr. 1893 S. 150); die Bestellung gilt nur für die Amtsdauer des vertretenen Vorstandsmitglieds. Suspension (§. 231 Anm. Vd) ist ein Fall der Behinderung.

5. Nichtvoraussetzung der Bestellung ist, daß der Aufsichtsrat trotz der Bestellung beschlußfähig bleibt oder noch mehr als 3 andere Mitglieder enthält (ebenso Behrend §. 127 Anm. 20; dagegen Staub Art. 225a §. 2, Ring Art. 225a Anm. 3, Pinner Anm. III 2e, Esser Anm. 7); nur ist dann zu beachten, daß der Aufsichtsrat binnen spätestens drei Monaten wieder beschlußfähig gemacht werden muß (§. 315 Ziff. 1), sei es durch Aufhören der Stellvertretung und Entlastung des Vertreters, sei es durch Ausscheiden des Vertreters aus dem Aufsichtsrat und Neuwahl eines Mitglieds in letzteren. Die Worte: „sofern die zur Beschlußfassung erforderliche Zahl von Mitgliedern verbleibt" wurden von der Reichstagskommission in erster Lesung aufgenommen, in zweiter jedoch wieder gestrichen (K.B. 79).

c. **Wirkung der Bestellung.** Durch die Bestellung wird der Bestellte zum Mitglied des Vorstandes (§. 242 Anm. I—III, §. 248 Anm. IIa); nur findet das Verbot von Sondergeschäften (§. 236) nicht Anwendung auf ihn (§. 248 Abs. 1 Satz 3). Er bleibt aber gleichzeitig auch Mitglied des Aufsichtsrats; nur darf er während des vorher begrenzten Zeitraums (oben Anm. IIb 3), für welchen er bestellt ist, und noch darüber hinaus bis zu seiner Entlastung (§. 260 Anm. IV) eine Thätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats nicht ausüben. Eine solche Thätigkeit liegt sowohl in der Teilnahme an der Ausübung von Rechten, die dem Aufsichtsrat als Behörde, wie auch in der Ausübung von Rechten, die jedem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats zustehen. Die Stellvertretung ist ein Teil der Thätigkeit als Aufsichtsratsmitglied; im Zweifel ist daher die für letztere Thätigkeit bedungene Vergütung fortzugewähren auch solange jene Thätigkeit infolge der Stellvertretung ruht (Pinner Anm. III 5). Nach Entlastung hat der Stellvertreter ohne Neuwahl (K.B. 22) seine Thätigkeit als Aufsichtsratsmitglied wieder aufzunehmen. — Über die Frage, wie anzumelden und einzutragen ist, und ob dem Registerrichter die Behinderung des Vorstandsmitgliedes nachgewiesen werden muß, vgl. §. 242 Anm. III. Nach Aufhören der Zeit, für welche bestellt ist, muß die Löschung des vertretenden Vorstandsmitgliedes bewirkt werden (§. 234 Abs. 1, 242); der Registerrichter hat daher die Löschung zu erzwingen (§. 14, Holdheim Ztschr. 1894 S. 204).

III. **Wahl von Vorstandsmitgliedern zu Aufsichtsratsmitgliedern.** Eine solche Wahl ist unzulässig, selbst wenn gleichzeitig ein Ausscheiden aus dem Vorstand erfolgt, es sei denn, daß gleichzeitig dem Vorstandsmitglied Entlastung auch für das laufende Geschäftsjahr

erteilt wird, was nur ausführbar ist unter dem Vorbehalt der Nichtanfechtung des Entlastungsbeschlusses innerhalb der einmonatlichen Frist des §. 271 Abs. 2 (§. 260 Anm. V d). Eine frühere Wahl ist nichtig („können nicht") und wird mithin (Planck B.G. Buch I Abschn. 3 Vorbem. VII 1) auch durch spätere Entlastung nicht wirksam. Da das Gesetz nicht unterscheidet und hier auf den Zeitpunkt des „Wählens", nicht wie in Abs. 1 Satz 1 auf den Zustand des Mitgliedseins, Gewicht legt, so wird das obige auch von einer durch Entlastung aufschiebend bedingten Wahl zu gelten haben (dagegen Pinner Anm. IV).

Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. §. 249.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die im §. 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs finden die Vorschriften des §. 241 Abs. 4 Anwendung.

Die Ansprüche auf Grund der Vorschriften der Abs. 1 bis 3 verjähren in fünf Jahren.

A.D.H. Art. 226. **Entw. I** §. 229. **Entw. II** §. 244.

§. 249.

I. **Sorgfaltspflicht.** Vgl. §. 241 Anm. I. Über die einzelnen Obliegenheiten vgl. §. 246 Anm. I, III. Die allgemeine Sorgfaltspflicht besteht auch in denjenigen Fällen, die im §. 249 Abs. 3 besonders hervorgehoben sind (K.B. 80). — Handelt es sich um die Verantwortlichkeit (Anm. II—IV) der Aufsichtsratsmitglieder, so hat der Aufsichtsrat ein selbständiges Recht zur Erhebung von Klagen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder (§. 247 Abs. 2); hat ein Generalversammlungsbeschluß eine Maßregel zum Gegenstande, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, so hat jedes Mitglied des Aufsichtsrats ein selbständiges Recht auf Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses (§. 271 Abs. 4).

II. **Haftung gegenüber der Gesellschaft bei Obliegenheitsverletzung.** Vgl. §. 241 Anm. II. Unerheblich ist, ob die verletzte Obliegenheit den Aufsichtsratsmitgliedern durch Gesetz oder in anderer Weise, insbesondere durch Bestimmung der Satzung übertragen war (Denkschr. 143). Eine Obliegenheitsverletzung kann liegen in Nichtwissen trotz Wissenmüssens. Ein Anspruch auf Schadensersatz kann nicht schon damit allein begründet werden, daß durch Prüfung des Geschäfts seitens des Aufsichtsratsmitgliedes der Schaden verhütet worden wäre; vielmehr muß ferner behauptet werden, daß in der Nichtprüfung eine Obliegenheitsverletzung lag (K.B. 23).

III. **Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach §. 249 Abs. 3.** Vgl. §. 241 Anm. III. Die Haftung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes besteht nur, wenn mit seinem Wissen und ohne sein Einschreiten die in §. 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Dem Wissen steht das Wissenmüssen nicht gleich (Staub Art. 226 §. 4, Pinner Anm. II 2 a, Cosack §. 121 IV 2 c, Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 345; anders Ring Art. 226 Anm. 6); anders bezüglich des Anspruchs der Gesellschaft aus §. 249 Abs. 2 (oben Anm. II). Da das einzelne Mit-

glied in der Regel kein Recht hat, selbständig gegenüber dem Vorstand Anordnungen zu treffen (§. 246 Anm. II), so wird das Einschreiten in der Regel nur darin bestehen können, daß die Thatsachen zur Kenntnis der anderen Mitglieder des Aufsichtsrats gebracht werden und ein Einschreiten des Aufsichtsrats ausdrücklich beantragt wird (R.G. XIII, 47, 49). Wird der Antrag abgelehnt, so tragen nunmehr die Ablehnenden allein die Verantwortung (ähnlich Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 338). Bei sehr erheblichen Unregelmäßigkeiten wird allerdings das einzelne Aufsichtsratsmitglied sich auch bei jener Ablehnung seiner Anträge im Aufsichtsrat nicht beruhigen dürfen, sondern — soweit ihm dies kraft seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied (abgesehen von seiner etwaigen Eigenschaft als Aktionär) möglich — die betreffenden Thatsachen zur Kenntnis auch der Generalversammlung bringen müssen (dahingestellt R.G. XIII, 47).

IV. **Haftung gegenüber Dritten nach allgemeinen Grundsätzen.** Vgl. §. 241 Anm. IV.

V. **Verjährung.** Vgl. §. 241 Anm. V.

III. Generalversammlung (§§. 250—259).

§. 250.

Ausübung der Gesamtrechte der Aktionäre.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt.

A.D.H. Art. 221 Abs. 1. **Entw. I** §. 230. **Entw. II** §. 245.

§. 250.

I. **Gesamtrechte des Aktionärs.**

a. **Begriff.** Als „Gesamtrechte“ kann man — im Gegensatz zu den Sonderrechten (unten Anm. III) — diejenigen Rechte des Aktionärs bezeichnen, deren Ausübung nicht jedem Aktionär als solchem kraft eigenen Rechtes, sondern nur der organisierten Gesamtheit der Aktionäre zusteht. Bisher wurden diese Gesamtrechte in der Regel als „Mitgliedschaftsrechte“ bezeichnet; diese Bezeichnung kann aber für die Zukunft nicht beibehalten werden, weil das in B.G. §. 38 gebrauchte Wort „Mitgliedschaftsrechte“ die Gesamtrechte und Sonderrechte umfaßt und nur die Gläubigerrechte eines Mitgliedes ausschließt. — Die Gesamtrechte zerfallen ihrerseits wieder in mehrere Gruppen je nach der Art, wie die Gesamtheit, der sie zustehen sollen, bestimmt ist: Rechte einer erschwerten Mehrheit, Rechte der einfachen Mehrheit, Minderheitsrechte, Sondergattungsrechte. Die erste und dritte dieser Gruppen umfassen die gleichen Fälle; denn wo für Fassung eines Beschlusses eine erschwerte Mehrheit erforderlich ist, besteht gleichzeitig ein Minderheitsrecht auf Verhinderung jenes Beschlusses, und umgekehrt. — Ein Gesamtrecht wird nicht dadurch zum Sonderrecht, daß im Einzelfall die mehreren einzelnen Gesamtberechtigungen in einer Hand vereinigt sind. — Die in M. 154 versuchte Unterscheidung zwischen „Mitgliedschaftsrechte“, „Sonderrechte“ und „Individualrechte“ ist in der dort gegebenen Abgrenzung nicht haltbar.

b. **Nur auf Gesamtrechte bezieht sich §. 250** (R.O.H. XVII, 113). Dies ist selbstverständlich, da der Begriff der Sonderrechte die Notwendigkeit des Zusammenwirkens mit anderen, mithin auch die Notwendigkeit einer gemeinsamen Beschlußfassung ausschließt. Diese Beschränkung sollte aber auch äußerlich erkennbar gemacht werden durch die Worte „in den Angelegenheiten der Gesellschaft“; dies soll den Gegensatz andeuten zu „Angelegenheiten der einzelnen Mitglieder“ (Denkschr. 143).

c. **Umfang des Gesamtrechts.** Der Umfang jedes einzelnen Gesamtrechts eines Aktionärs reicht — nur beschränkt durch die gleichen Rechte anderer Gesamtberechtigten — ebenso

weit wie der (durch Gesetz oder Satzung bestimmte) Umfang des Rechtes der betreffenden Gesamtheit; die Grenzen, welche für das letztere gelten, bestehen daher auch für das erstere. Über den Umfang der Rechte der Generalversammlung vgl. Anm. V b, c.

II. **Ausübung der Gesamtrechte.**

a. **In der Generalversammlung** sind nach §. 250 die Gesamtrechte auszuüben. Zweifelhaft ist, ob daneben auch die allgemeine Bestimmung des B.G. §. 32 Abs. 2 anwendbar bleibt: „Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß giltig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären". Dies ist wohl zu bejahen; auch in diesem Fall müssen aber die Formvorschriften der §§. 258, 259 entsprechend beobachtet werden. Über die Frage, ob die Formen der Berufung und Ankündigung in diesem Fall entbehrlich sind, vgl. §. 253 Anm. III. — Bezüglich derjenigen Gesamtrechte, welche Minderheitsrechte sind, gilt die Notwendigkeit einer Ausübung in der Generalversammlung zwar auch als Regel; doch bestehen Ausnahmen. Vgl. namentlich: Recht auf Berufung einer Generalversammlung oder Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (§. 254), Antrag bei Gericht auf Ernennung von Revisoren (§. 266 Abs. 2), Antrag bei Gericht auf Bestellung der von der Minderheit bezeichneten Personen als Vertreter der Gesellschaft zur Führung des Rechtsstreits wegen der Ansprüche aus Gründung oder Geschäftsführung (§. 268 Abs. 2), Zustimmung zu Verzicht oder Vergleich wegen solcher Ansprüche (§. 270), Klage auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen (§. 271 Abs. 3), Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§. 295 Abs. 2, 3). — Auch die Gesamtrechte der Sondergattung sind in der allgemeinen Generalversammlung geltend zu machen; nur durch getrennte Abstimmung (§. 275 Abs. 3, §. 278 Abs. 2, §. 288 Abs. 3).

b. **Durch Beschlußfassung.** Die genauere Regelung der Beschlußfassung ist enthalten in §§. 251, 252. Über das Sonderrecht auf Erörterung vor Beschlußfassung vgl. unten Anm. V a 6.

III. **Sonderrechte** des Aktionärs.

a. **Begriff.** Sonderrechte des Aktionärs sind diejenigen Rechte, welche jedem Aktionär als solchem (Gegensatz: Gläubigerrechte, unten Anm. IV) kraft eigenen Rechtes (Gegensatz: Gesamtrechte, oben Anm. I a) zustehen. Eine Folge des Zustehens kraft eigenen Rechts ist, daß dies Recht nicht durch den Willen anderer, insbesondere auch nicht durch Generalversammlungsbeschluß, entzogen werden kann. Der Vorwurf von Pinner Anm. III 2 a, daß die entsprechende Begriffsbestimmung Staubs „Sonderrechte sind diejenigen Rechte der Aktionäre, welche unentziehbar sind" eine petitio principii enthalte, erscheint ungerechtfertigt; die petitio principii ist ein Fehler bei Schlußfolgerungen, nicht bei Begriffsbestimmungen. — Nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Satzung können Sonderrechte geschaffen werden (Denkschr. 143). Ob ein einzelnes Recht Sonderrecht ist, muß im Zweifel aus der Absicht des Gesetzgebers oder des Urhebers der Satzungsbestimmung abgeleitet werden. Das H.G.B. steht auf dem Standpunkt, daß die Grenze der als gemeinschaftlich geltenden Angelegenheiten, innerhalb welcher sich der Einfluß der Generalversammlung bethätigt, bei der A.G. nicht zu eng gezogen werden darf (Denkschr. 144). Kein Sonderrecht besteht insbesondere in denjenigen Fällen, für welche das Gesetz ausdrücklich anerkennt, daß eine bestimmte Mehrheit diesbezügliche Beschlüsse fassen kann (unten Anm. V b 2).

b. **Allgemeine Bestimmungen über Sonderrechte** sind im H.G.B. nicht enthalten. Anwendbar ist jedoch B.G. §. 35:

„Sonderrechte eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden."

Einzelne Sonderrechte sind verzichtbar, andere unverzichtbar. Zu den unverzichtbaren gehört z. B. das Stimmrecht (§. 252 Anm. I) und das Anfechtungsrecht (unten Anm. III c 10); auch bei diesen steht es aber im freien Willen des Aktionärs, ob er im Einzelfall von dem Recht Gebrauch machen will. — Die Sonderrechte (im Gegensatz zu den Gläubigerrechten) gewähren im Konkurse der Gesellschaft keine „Konkursforderung".

c. **Beispiele gesetzlicher Sonderrechte.**

1. Recht auf Mitgliedschaft (Denkschr. 144). Eine Entziehung der Mitgliedschaft gegen den Willen des Aktionärs ist unzulässig, außer durch Einziehung unter den Voraussetzungen des §. 227 (vgl. auch Cosack §. 120 I 3 c) oder bei Zusammenlegung gemäß §. 290. Andererseits ist das einseitige Austreten des Aktionärs aus der A.G. für zulässig zu erachten (B.G. §. 39; ebenso Cosack §. 120 I 2); der Austritt wirkt für die A.G. und die übrigen Aktionäre im wesentlichen wie die Einziehung eines Anteilrechts. Der Ausgetretene verliert durch den Austritt sein Anteilrecht; von den übernommenen Kapitaleinlage-Verpflichtungen wird er hierdurch nicht frei (§. 221). Er braucht aber die sonstigen erst später fällig werdenden Verpflichtungen, insbesondere wiederkehrende Leistungen, nicht mehr zu bewirken (dagegen R.G. XVII, 5 nur für den hier nicht erörterten Fall vertragsmäßiger Nebenleistungen); eine Ausnahme ist nur bezüglich der auf das laufende Geschäftsjahr entfallenden Leistungen zuzugestehen (R.G. XXVI, 92). Die Festsetzung eines Austrittsgeldes ist unzulässig (vgl. R.G. XLII, 81). Über Verwirkung des Anteilrechts als Vertragsstrafe vgl. §. 212 Anm. I d.
2. Recht auf Bescheinigung der Mitgliedschaft. Über die Zulässigkeit eines Ausschließens des Rechts auf Erteilung eines Mitgliedscheins und über die Tragweite eines vorhandenen Rechts vgl. §. 179 Anm. II a. Entsprechend besteht ein Sonderrecht auf Eintragung des Erwerbers einer Namenaktie in das Aktienbuch (vgl. §. 223 Anm. I a, Gareis §. 35 S. 364). — Ein Sonderrecht auf Unveränderlichkeit der äußerlich angegebenen Höhe des Betrages des einzelnen Grundkapitalanteils ist nicht anzuerkennen (R.O.H. XXV, 263); zweifelhaft ist nur, ob für eine Änderung dieselben erschwerenden Voraussetzungen zu erfüllen sind, wie für das Fassen eines Beschlusses über Herabsetzung des Grundkapitals (vgl. §. 288 Anm. III a 1, §. 290 Anm. II c 2).
3. Recht auf Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft kann durch Gesetz oder Satzung beschränkt sein (§. 179 Anm. II c 2). Daß aber die bei Erwerb der Mitgliedschaft vorhandenen Bedingungen der Übertragbarkeit unverändert bleiben, ist ein Sonderrecht des Aktionärs. Deshalb ist eine Satzungsbestimmung, durch welche eine Zwangsumwandlung von Namen- in Inhaberaktien oder umgekehrt gestattet wird, nur für die Inhaber der bereits vor Zustandekommen jener Bestimmung entstandenen Anteilrechte bindend (§. 183 Anm. II). — Ist durch die Satzung bestimmt, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner Namenaktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat (§. 183 Abs. 2), so hat der Aktionär ein Sonderrecht auf Erfüllung dieses Verlangens.
4. Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts? Die herrschende Meinung behandelt dies Recht als ein Sonderrecht jedes einzelnen Aktionärs (R.G. XXXVIII, 16, XLI, 99; vgl. XIV, 137). Zutreffender ist es jedoch wohl, es nicht als Sonderrecht, sondern nur als Gesamtrecht aller gleichmäßig benachteiligten Aktionäre aufzufassen (§. 275 Anm. III a; vgl. unten zu 10). Dies Recht ist zu beachten z. B. bei Einforderung der Einlagen (§. 218 Anm. II a). Ferner bei Be-

stimmung der für die einzelnen Anteilrechte zu gewährenden Gegenleistung bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (R.G. XIV, 137). Soweit bevorrechtigte Aktiengattungen geschaffen sind, können die Aktionäre der nichtbevorrechtigten Gattung nicht gleiche Behandlung mit den Vorrechtsaktionären verlangen; doch bleibt auch hier das Vorrecht der letzteren beschränkt auf diejenigen Rechte, welche ihnen ausdrücklich eingeräumt sind (vgl. z. B. bezüglich Einforderung §. 218 Anm. II a). Über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Vorrechtsaktionär dulden muß, daß durch spätere Beschlüsse seine Vorrechtsaktie gegenüber den gewöhnlichen Aktien in den bis dahin beiden Aktiengattungen gleichmäßig zustehenden Rechten benachteiligt wird, vgl. §. 275 Anm. III a, b. Entsprechendes gilt bei Anteilrechten mit verschiedener Einlagepflicht, Bareinlage und Nichtbareinlage oder unter sich verschiedenen Nichtbareinlagen. Über Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung vgl. §. 276 Anm. V c. Über Benachteiligung bei Zusammenlegung von Anteilrechten vgl. §. 290 Anm. II c 1. — Über das Sondergattungs-Recht auf Nichteinführung nicht vorhandener und Nichtvergrößerung bestehender Benachteiligungen einer Sondergattung vgl. §. 275 Anm. III.

5. Recht auf Mitwirkung bei Ausübung von Gesamtrechten. Hierher gehört vor allem das Stimmrecht (§. 252). Ferner aber auch das Recht auf Einhaltung aller Vorschriften, durch welche die ordnungsmäßige Ausübung des Stimmrechts gesichert werden soll, so z. B. der Vorschriften über Berufung der Generalversammlung, Ankündigung der Tagesordnung, Einsicht von Vorlagen und Abschriftserteilung (§. 263), Gewährung des Zutritts zur Versammlung, Zulassung ordnungsmäßiger Erörterung auf derselben und Protokollierung eines Widerspruchs (unten Anm. V a 6), Art der Beschlußfassung, erforderliche Mehrheiten. Während so das Recht auf Mitwirkung ein Sonderrecht ist, liegt in dem Mitwirken selbst die (anteilige) Ausübung eines Gesamtrechts.

6. Recht auf Feststellung des verdienten Reingewinns als verteilbaren; insbesondere auf Einhaltung der diesbezüglichen Bilanzvorschriften. Dies Recht besteht jedoch als Sonderrecht nur in engen Grenzen; im übrigen besteht nur ein derartiges Gesamt-recht (§. 213 Anm. II b). Hierher gehört auch der Anspruch, daß — mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung (§. 213 Anm. II d) — der verteilbare Reingewinn nicht durch vorweg entnommene Schenkungen verkürzt werde (vgl. §. 250 Anm. V b 3). Auf Unterlassung derjenigen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (B.G. §. 534), hat der Aktionär kein Sonderrecht, denn da die Verkehrssitte dergleichen Schenkungen erfordert, so ist im Zweifel nach B.G. §. 157 (welcher mindestens entsprechend anzuwenden, §. 188 Anm. I) anzunehmen, daß die Aktionäre solchen Aufwendungen von vornherein sich unterworfen haben (R.G. III, 135). Eine Verletzung des Sonderrechts liegt daher nicht in einer in jenen Grenzen sich haltenden Zuwendung an Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats (R.O.H. XXII, 281, §. 243 Anm. II f; vgl. §. 245 Abs. 3). Aber ebensowenig in einer jene Grenzen einhaltenden Zuwendung an untere Beamte der A.G., z. B. durch Verteilung von Gratifikationen (vgl. R.G. v. 6. Juli 1895 J.W. S. 454 Nr. 11) oder durch Gründung eines Beamtenunterstützungsfonds (vgl. K.B. 94; dagegen R.G. XL, 35 wohl nur, weil in dem betreffenden Einzelfall die Satzung als eine gegenteilige Bestimmung enthaltend ausgelegt wurde; vgl. auch R.G. v. 6. Juli 1895 J.W. S. 454 Nr. 10). — Das Recht auf Zahlung des festgestellten Reingewinns ist kein Sonderrecht, weil bereits gleichzeitig mit der Feststellung des Reingewinns jenes Recht sich von der Mitgliedschaft loslöst und zu einem Gläubigerrecht wird (§. 213 Anm. II c). Vor

der Feststellung ist jedoch das bedingte Recht auf Zahlung des etwa festzustellenden Reingewinns ein Sonderrecht. — Über das Sonderrecht auf Feststellung einer Jahresbilanz vgl. §. 264 Anm. I.

7. Bezugsrecht. Vgl. §. 282.
8. Recht auf Zahlung des nach Auflösung und Liquidationsbeendigung auf den Anteil etwa entfallenden Vermögensbruchteils. Auch hier (wie entsprechend zu 6) wird demnächst — und zwar wohl erst mit Beendigung der Liquidation — das bis dahin bestehende bedingte Sonderrecht (vgl. Denkschr. 143) zum Gläubigerrecht. Über den in dem bedingten Sonderrecht liegenden Anspruch auf Unterlassung reiner Schenkungen aus dem Gesellschaftsvermögen vgl. §. 250 Anm. III c 6, V b 3. Eine der Verkehrssitte entsprechende Schenkung verletzt das Sonderrecht nicht, auch wenn sie erst während Liquidation und mit Rücksicht auf die bei der Liquidation gehabten Bemühungen erfolgt (R.O.H. XXIV, 225). — Über die Frage, ob ein Beschluß, wonach die binnen bestimmter Frist nicht erhobenen Vermögensanteile verfallen, eine Verletzung des Sonderrechts enthält, vgl. §. 300.
9. Recht auf Nichtbelastung über das bei Entstehung des betreffenden Anteilrechts übernommene Maß hinaus. Vgl. §. 211 Anm. IV, §. 276 Anm. IV, V.
10. Recht auf Beseitigung gesetz- oder satzungswidriger Generalversammlungsbeschlüsse und auf Feststellung der Richtigkeit der Eintragung als A.G. Über die Grenzen dieses Rechts vgl. §§. 271 ff., 309 ff. Ein Sonderrecht auf Beseitigung des Beschlusses besteht auch, wenn nur ein Minderheits- oder Sondergattungsrecht verletzt ist (§. 271 Anm. III; vgl. jedoch §. 271 Abs. 3 Satz 2).
11. Recht auf Nichterteilung der Entlastung an Gesellschaftsbeamte vor deren Rechnungslegung an die Gesellschaft (R.G. XXXIV, 58; vgl. §. 260 Anm. IV a).
12. Etwaige Rechte auf Mitgebrauch von Gesellschaftsgegenständen, z. B. Besuch von Zoologischen Gärten, Lesehallen, Theatern (§. 213 Anm. III). Hier sind im Zweifel entsprechende Grenzen zu ziehen wie hinsichtlich der Rechte, welche bezüglich des Reingewinns bestehen (oben zu 6).

IV. Gläubigerrechte des Aktionärs. Ein Aktionär kann, wie jeder Dritte, Rechte gegenüber der Gesellschaft (unter Umständen auch gegen die handelnden Personen) aus Willenserklärungen, insbesondere Verträgen, und aus unerlaubten Handlungen erwerben. Diese von dem Bestehen der Mitgliedschaft unabhängigen Rechte werden in der Regel als Gläubigerrechte bezeichnet. Hierher gehören außer den Rechten aus gewöhnlichen Kauf-, Miet-, Darlehnverträgen u. s. w. auch z. B. die Rechte aus Zusicherung besonderer Vorteile bei Gründung (§. 186 Anm. I), aus Überlassungsverträgen (§. 186 Anm. III b), aus Zusicherung von Belohnung oder Entschädigung für Gründung (§. 186 Anm. V), aus dem Anstellungsvertrag als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Die Eigenschaft als Gläubigerrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Entstehung des Rechts ursprünglich mit der damaligen Eigenschaft des Berechtigten als Aktionär zusammenhing, wenn nur demnächst das Recht unabhängig von jenem Zusammenhang geworden ist. Daher gehört hierher auch der Anspruch auf den festgestellten Gewinnanteil (oben Anm. III c 6) und auf den Vermögensbruchteil nach Liquidationsbeendigung (oben Anm. III c 8) oder nach erfolgter Herabsetzung zwecks Rückzahlung und Ablauf der Sperrzeit (§. 289 Anm. IV e), das Nachbezugsrecht (§. 185 Anm. II a), das Recht auf Bauzinsen (§. 215 Anm. II b), das durch Stellung des Verlangens (§. 282 Anm. II b) geltendgemachte Bezugsrecht (§. 282 Anm. II a). Ein Gläubigerrecht ist ferner auch das Recht auf Inanspruchnahme von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern wegen Mitwirkung bei

rechtswidriger Verletzung von Sonderrechten (§. 241 Anm. IV. c, §. 249 Anm. IV). Ebenso das Recht, die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Rechtshandlung der A.G. außerhalb des Verfahrens der §§. 271 ff. geltend zu machen, in den Grenzen, in denen ein solches Recht überhaupt besteht (§. 273 Anm. II).

V. **Generalversammlung.**

a. **Verfahren bei Geschäftsführung.**

1. Berufung. Vgl. §§. 253—255. Über den Ort, an welchem die Generalversammlung stattzufinden hat, vgl. unten zu 4.
2. Vorbereitung der Verhandlung; insbesondere Tagesordnung und Anträge. Vgl. §§. 256, 257. Über Vorbereitung der Bilanz-, Gewinnverteilungs- und Entlastungsbeschlüsse vgl. §§. 260 Abs. 2, 263.
3. Protokoll und Aktionärverzeichnis. Vgl. §§. 258, 259.
4. Ort. Das Schweigen des Gesetzes über den Ort der Tagung der Generalversammlung ist nicht dahin auszulegen, daß die jedesmalige Wahl des Ortes dem Belieben des Vorstandes oder Aufsichtsrats überlassen sei; das Gesetz geht davon aus, daß der Sitz der Gesellschaft (§. 182 Anm IV b 2) auch den Ort bedinge, an welchen die Generalversammlung der Aktionäre zu berufen sei; eine abweichende Regelung durch Satzungsbestimmung ist jedoch zulässig (R.G. v. 12. Mai 1899 J.W. 396; dagegen Pinner §. 253 Anm. I); ebenso eine abweichende Bestimmung durch Beschluß der Generalversammlung. Ausgeschlossen ist auch nicht, daß die Satzung oder der Generalversammlungsbeschluß die Auswahl des Ortes — unbeschadet des Sitzes (§. 182 Anm. IV a, §. 250 Anm. V b 1) — dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat überläßt. — Daß wegen der Bestimmungen in §§. 196, 254 die Satzung mindestens wahlweise stets auch die Berufung der Generalversammlung an eine innerhalb des Bezirks des Registergerichts des Sitzes gelegenen Ort zulassen müsse (Esser Anm. 4), ist nicht zuzugeben. Aus §. 254 ist hierüber nichts zu entnehmen; um die in §. 196 Abs. 2 vorgeschriebene Leitung kann nötigenfalls im Wege der Rechtshilfe (G.fr.Ger. §. 2) ein anderes Registergericht ersucht werden.
5. Vorsitz. Das H.G.B. enthält — mit Ausnahme der für die errichtende Generalversammlung geltenden Sonderbestimmung des §. 196 Abs. 2 — keine Vorschrift darüber, wer den Vorsitz in der Generalversammlung zu führen hat. Durch Satzungsbestimmung wird in der Regel der Vorsitz dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats übertragen. Mangels einer Satzungsbestimmung kann die Generalversammlung ein anwesendes Vereinsmitglied (und wenn niemand widerspricht, auch eine andere Person) zum Vorsitzenden bestellen. Daß die Versammlung nicht dauernd ohne einen Vorsitzenden tagen darf, ergiebt sich aus der Formvorschrift des §. 258, wonach der Vorsitzende das Verzeichnis der anwesenden Aktionäre zu unterzeichnen hat. Ordnet auf Verlangen von Aktionären das Gericht die Berufung der Generalversammlung oder die Ankündigung eines Gegenstandes zur Beschlußfassung an, so kann es zugleich über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen (§. 254 Abs. 3). Man wird nicht annehmen können, daß der durch Satzungsbestimmung (oder durch das Gericht) zum Vorsitzenden Berufene durch sein Fernbleiben die Abhaltung der Versammlung unmöglich machen könne (so L.G. I Berlin bei Johow III, 19); vielmehr hat sein Fernbleiben nur die Folge, daß nunmehr die Generalversammlung selbst ihren Vorsitzenden wählen darf.
6. Geschäftsordnung. Die Generalversammlung ist befugt, innerhalb der durch Gesetz und Satzung gezogenen Grenzen über die Handhabung der Geschäftsordnung in der betreffenden Versammlung zu entscheiden und auch ohne besondere Ankündigung dahingehende Beschlüsse zu fassen (R.G. XXXVI, 26), insbesondere

auch Vertagung zu beschließen (vgl. §. 264 Anm. I). Doch hat der einzelne anwesende Aktionär ein Sonderrecht darauf, daß vor der Beschlußfassung eine ordnungsmäßige Erörterung zugelassen wird (R.G. XXXVI, 26; vgl. auch §. 256 Abs. 2, 3, §. 257, §. 264: „Verhandlung"). In welchen Grenzen ein solches Sonderrecht besteht, ist nach den allgemeinen Regeln der Redeordnung in Versammlungen zu beurteilen (Behrend §. 122 bei Anm. 25a, Pinner §. 251 Anm. I 2, Einzelheiten bei Staub Art. 238 §. 9c ff., Esser Anm. 6); in diesen Regeln liegt eine gemäß Verkehrssitte (B.G. §. 157, E.G. z. H.G.B. Art. 2 Anm. III) allgemeingiltige Vermittelung zwischen den hierauf bezüglichen Sonderrechten und den Rechten der Mehrheit. Das R.G. XXXVI, 26 bemerkt: „Es steht der Generalversammlung zwar zu, der Diskussion gewisse Grenzen zu ziehen, sie kann den Schluß der Debatte beschließen, unter Umständen auch von vornherein die Dauer der Redezeit für die einzelnen Redner einschränken. Es dürfen aber, namentlich im letzteren Falle, die Grenzen nicht so eng gesteckt werden, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird." Dagegen will Staub Art. 238 §. 9d mit Recht auch in dieser Beziehung lediglich die allgemeinen Regeln der Redeordnung entscheiden lassen. Der einzelne Aktionär hat ein Sonderrecht auf Protokollierung eines von ihm mit dem Ersuchen um Aufnahme in das Protokoll erklärten Widerspruchs (§. 259 Anm. II b); es sei denn, daß (z. B. wegen beleidigender Form) in der Protokollierung ein Mitwirken an einer strafbaren Handlung liegen würde (§. 259 Anm. II a 4).

7. Abstimmung. Vgl. §§. 251, 252. — Falls nicht die Satzung eine Beschränkung enthält, wonach nur bei Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Stimmberechtigten Beschlüsse zulässig sind, so kann auch ein einzelner Stimmberechtigter giltige Beschlüsse fassen (§. 251 Anm. I a). Ist eine Beschränkung bezüglich der Beschlußfähigkeit vorhanden, so sind bei Feststellung der Beschlußfähigkeit (im Gegensatz zu den für die Abstimmung geltenden Regeln, §. 251 Anm. I c) im Zweifel alle Anwesenden, auch die nicht stimmenden mitzuzählen. Über die Art der Abstimmung vgl. §. 251 Anm. II.

8. Nicht-Öffentlichkeit. Die Generalversammlung ist eine Versammlung von Aktionären und der zur Ausübung der Rechte anderer Aktionäre befugten Vertreter oder Bevollmächtigten. Notwendig ist ferner die Anwesenheit eines Richters oder Notars (§. 259). Darüber, ob die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats (soweit nicht das Gesetz deren Anwesenheit für notwendig erklärt, §. 196 Abs. 3) oder ob bestimmte andere Personen (z. B. Rechtsbeistände der Gesellschaft oder einzelner Aktionäre) zuzulassen, oder ob die Versammlung unbeschränkt öffentlich sein soll, beschließt — mangels Satzungsbestimmungen — die Versammlung mit einfacher Stimmenmehrheit. Die thatsächliche Anwesenheit anderer Personen macht die Beschlußfassung nicht anfechtbar gemäß §. 271, außer wenn ein Beteiligter widersprochen und die Versammlung demgemäß beschlossen hat oder eine Abstimmung hierüber abgelehnt ist.

b. Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.

1. Grundsatz. Zur Anwendung kommt (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II) B.G. §. 32 Abs. 1 Satz 1:

„Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet."

Hiernach ist die Generalversammlung zuständig für alle Geschäfte, für welche nicht ausschließliche Zuständigkeiten anderer Vereinsbehörden begründet sind (ähnlich Pinner Anm. I; dagegen Simon, Bilanzen §. 5 Anm. 49). Inhaltlich ist die Generalversammlung bei ihren Beschlüssen beschränkt durch die Notwendig-

keit, eine Verletzung von Gesetz, Satzung oder Sonderrecht zu vermeiden (§. 271, §. 241 Abs. 4, 249 Abs. 3). Es besteht keine Vorschrift des öffentlichen Rechts, daß die Generalversammlung einen dem ursprünglichen Gesellschaftszweck oder dem satzungsgemäßen Gegenstand des Unternehmens widerstreitenden Beschluß nicht fassen dürfe (dagegen, wie es scheint, R.G. III, 134). Insbesondere über Schenkungsbeschlüsse vgl. nachstehend zu 3. Über Verfolgung eines nach der Satzung nicht bestehenden politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecks vgl. B.G. §. 43. — Insoweit nicht aus der einzelnen Vorschrift das Gegenteil erhellt, können die Befugnisse, welche das Gesetz der Generalversammlung zuweist, weder durch Satzungsbestimmung noch durch Generalversammlungsbeschluß auf andere Behörden übertragen werden; unübertragbar sind nach M. 150 insbesondere: Beschlüsse über Satzungsänderung (vgl. §. 274 Anm. I a, vgl. auch §. 182 Anm. IV a; Ausnahme: Fassungsänderungen §. 274 Abs. 1 Satz 2), Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals, Wahl und Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, Zustimmung zu Vergleichen oder Verzichten über Ansprüche aus Gründung und zu Nachgründungen, Genehmigung der Bilanz. Ebenso nach Denkschr. 146 der Gewinnverteilungs- und Entlastungsbeschluß.

2. Die einzelnen im H.G.B. erwähnten Beispiele. Ausdrücklich (außer der allgemeinen Bestimmung des §. 250) sind der Generalversammlung im H.G.B. folgende einzelne Geschäfte zugewiesen:

α. Wahl des ersten Aufsichtsrats, und im Zweifel auch des ersten Vorstandes, bei Stufengründung (§. 190 Abs. 2, 3).

β. Errichtung der A.G. bei Stufengründung (§. 196; erschwerte Mehrheit).

γ. Zustimmung zu Vergleichen oder Verzichten bei Ansprüchen aus Gründung (§. 205; hierbei Minderheitsrecht).

δ. Zustimmung bei Nachgründungen (§. 207; erschwerte Mehrheit; bei K.A.G. §. 324) und Zustimmung zu Nachgründung gemäß Vereinbarung der Gründer vor Eintragung (§. 208; hierbei Minderheitsrecht).

ε. Zustimmung zur Übertragung von Kleinaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist (§§. 222, 224).

ζ. Festsetzung der (für das innere Verhältnis maßgebenden) Vertretungsbefugnis des Vorstandes (§. 235), insbesondere seiner Befugnis zur Ernennung von Prokuristen (§. 238).

η. Wahl der Aufsichtsratsmitglieder (§. 243 Abs. 1—3).

ϑ. Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (§. 243 Abs. 4; erschwerte Mehrheit).

ι. Satzungsänderung betreffend Herabsetzung der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder (§. 245 Abs. 2), Bewilligung einer Vergütung für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats (§. 245 Abs. 3).

κ. Wahlen (§. 251 Abs. 2).

λ. Beschluß darüber, ob die Gesellschaft diejenigen Kosten tragen soll, welche durch eine auf Verlangen von Aktionären notwendig gewordene Berufung der Generalversammlung oder Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung entstanden sind (§. 254 Abs. 4).

μ. Beschluß über Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung (§. 256 Abs. 3).

ν. Genehmigung der Jahresbilanz, Beschluß über Gewinnverteilung sowie über Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats (§. 260).

ξ. Beschluß über Verwendung von Zuzahlungen, welche zwecks Erwerbung von Vorzugsrechten erfolgen (§. 262 Ziff. 3).

ο. Vertagung der Verhandlung über Genehmigung der Bilanz (§. 264; hierbei Minderheitsrecht).

π. Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei Gründung oder Geschäftsführung (§. 266; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht).

ρ. Beschluß darüber, ob die Gesellschaft die Kosten einer vom Gericht auf Antrag angeordneten Revision tragen soll (§. 267 Abs. 3).

σ. Beschluß über Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§. 268 Abs. 1; hierbei Minderheitsrecht; über Verzicht oder Vergleich vgl. §. 270) und Wahl besonderer Vertreter zur Führung eines diesbezüglichen Rechtsstreits (§. 268 Abs. 2; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht; bei K.A.G. §. 328 Abs. 2).

τ. Satzungsänderung (§§. 274 Abs. 1, 275, 276; erschwerte Mehrheit; bei Benachteiligung einer Gattung: Sondergattungsrecht), insbesondere Erhöhungsbeschluß (§. 278; Sondergattungsrecht) und Herabsetzungsbeschluß (§. 288; erschwerte Mehrheit, Sondergattungsrecht).

υ. Beschluß über Abweichungen vom gesetzlichen Bezugsrecht (§. 282).

φ. Auflösung der A.G. (§. 292 Ziff. 2; erschwerte Mehrheit; für K.A.G. §. 330 Abs. 3: Kündigung, Zustimmung zu Auflösung oder zu Antrag auf gerichtliche Auflösung).

χ. Bestellung **besonderer** Liquidatoren (§. 295 Abs. 1; hierbei ein außerhalb der Generalversammlung geltend zu machendes Minderheitsrecht; für K.A.G. §. 331).

ψ. Abberufung nicht vom Gericht bestellter Liquidatoren (§. 295 Abs. 3).

ω. Zustimmung zur Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§. 303; erschwerte Mehrheit).

αα. Zustimmung zur Vereinbarung betreffs Unterbleiben der Liquidation bei Übernahme des Vermögens im ganzen durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband (§. 304 Abs. 2; erschwerte Mehrheit) oder durch eine andere A.G. oder K.A.G. (§. 306 Abs. 1; erschwerte Mehrheit).

ββ. Beschluß über Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung in bestimmten Fällen (§. 307).

γγ. Beschluß betreffend Heilung bestimmter wesentlicher Mängel der Satzung (§. 310; erschwerte Mehrheit).

Bezüglich der Generalversammlung der **K.A.G.** ferner:

δδ. Einwilligung zum Betrieb von Sondergeschäften durch persönlich haftende Gesellschafter oder Übertragung des Einwilligungsrechts an den Aufsichtsrat (§. 326 Abs. 1).

εε. Umwandlung in eine A.G. (§. 332; erschwerte Mehrheit).

3. Schenkungen. Eine allgemeine gesetzliche Beschränkung der Generalversammlung des Inhalts, daß sie Schenkungen nicht beschließen dürfe, ist nicht anzuerkennen; ebensowenig wie beim Vorstand (§. 235 Anm. III a, §. 126 Anm. I b). In bestimmten einzelnen Fällen sind allerdings Schenkungen auch durch öffentliches Recht verboten; vgl. namentlich §§. 221, 241 Abs. 3. Für andere als diese einzelnen Fälle kann demgemäß die Satzung ausdrücklich Schenkungen anordnen. Dies geschieht z. B. häufig bei denjenigen A.G., die gemeinnützige Zwecke verfolgen (§. 213 Anm. II d). Aber auch soweit keine ausdrückliche Anordnung oder Ermächtigung durch Satzungsbestimmung vorliegt, ist ein Schenkungsbeschluß für an sich zulässig zu erachten. Aus den Worten „in den Angelegenheiten der Gesellschaft“ in §. 250 ist nicht Gegenteiliges zu entnehmen (a. M. Pinner

Anm. III 1), denn §. 250 enthält überhaupt nur eine Begrenzung des Rechts der einzelnen Aktionäre, nicht eine Begrenzung des Rechts der Generalversammlung als Behörde. Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob durch einen ohne entsprechende Satzungsbestimmung ergangenen Schenkungsbeschluß Sonderrechte der nicht zustimmenden Aktionäre verletzt werden. In Betracht kommen namentlich das Sonderrecht auf Feststellung des verdienten Reingewinns als verteilbar (oben Anm. III c 6) und das bedingte Sonderrecht auf Zahlung eines Vermögensbruchteils nach künftiger Liquidationsbeendigung (oben Anm. III c 8), je nachdem die Schenkung aus dem Reingewinn oder aus dem Stammvermögen entnommen werden soll. — Der Schenkung steht gleich die Übernahme fremder Verbindlichkeiten, die Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld oder die Übernahme einer Bürgschaft ohne besondere Umstände, welche ein eigenes Interesse der A.G. für die betreffende Rechtshandlung begründen (R.G. III, 135).

c. **Umfang der Vertretungsmacht.**

1. Regel. Als Regel gilt, daß der Generalversammlung keine Vertretungsmacht zusteht (R.G. v. 18. Februar 1899 in J.W. 282 und bei Holdheim Ztschr. 141). Betrifft der Beschluß ein Vertragsverhältnis zu einem Aktionär, und hat (soweit dies überhaupt zulässig, §. 252 Anm. V b 3) der Aktionär an der Beschlußfassung teilgenommen, so steht dies — da die Generalversammlung hierbei nicht Vertreterin der A.G. — nicht der Abgabe einer demnächstigen gegenteiligen Erklärung durch denselben Aktionär als Vertragschließenden entgegen (R.G. v. 22. Sept. 1893 in J.W. 488 und bei Bolze Bd. 17 Nr. 529), auch ohne daß er bei seiner Abstimmung einen diesbezüglichen Vorbehalt gemacht hat (dagegen R.G. a. a. O.).

2. Zustimmungsbeschlüsse. Nach §. 235 Abs. 2 ist unwirksam gegenüber Dritten die (durch Willenserklärung erfolgende, §. 235 Anm. III b 1) Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes durch Erfordern der Zustimmung der Generalversammlung für einzelne Geschäfte. Aber selbst soweit eine derartige gesetzliche und daher (in der Regel, §. 235 Anm. III a, b 1) gegenüber Dritten wirksame Beschränkung des Vorstandes durch Erfordern der Zustimmung der Generalversammlung besteht, kann zweifelhaft sein, ob in der Zustimmung bereits eine nach außen wirkende Erklärung liegt (so bezüglich §. 205; Pinner §. 250 Anm. II), oder ob nicht vielmehr die Zustimmung erst dann bindend für die Gesellschaft wird, wenn der Vorstand dem Dritten den Zustimmungsbeschluß mitteilt, so daß bis dahin die Generalversammlung einseitig den früheren Beschluß abändern oder aufheben kann. Hat allerdings schon vorher der Vorstand seinerseits eine bindende Erklärung nach außen abgegeben, nur bedingt durch demnächstige Zustimmung der Generalversammlung, so wird bereits durch den Zustimmungsbeschluß die Erklärung auch nach außen zur unbedingten (B.G. §. 182 Abs. 1, R.O.H. XXIII, 279).

3. Wahlen, Anstellungsverträge, Entlastung. Die Generalversammlung hat im Zweifel Vertretungsmacht jedenfalls insoweit es sich darum handelt, die Mitglieder für die Behörden der A.G. zu bestellen: die — mangels anderweiter ausschließlicher Zuständigkeiten — von der Generalversammlung Ernannten gelten auch gegenüber Dritten als Mitglieder der betreffenden Behörden. Da aber eine solche Bestellung von Vertretern in der Regel nicht ohne Eingehung eines Vertragsverhältnisses mit den zu Bestellenden ausführbar ist, so wird angenommen werden müssen, daß im Zweifel die Vertretungsmacht der Generalversammlung sich auch hierauf erstreckt (Behrend §. 121 Anm. 8, Staub S. 506 Anm. 2; dagegen Pinner Anm. II). Bezüglich des Vertrages mit den Mitgliedern des

Aufsichtsrats vgl. §. 243 Anm. II e. Bezüglich des Vertrages mit den Mitgliedern des Vorstandes besteht gesetzlich (§. 247 Abs. 1) daneben die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats; durch Satzung ist der Aufsichtsrat in der Regel sogar für ausschließlich zuständig erklärt. Über Einwilligung zu Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder vgl. §. 236 Anm. II. Über Bestellung besonderer Behörden neben Vorstand und Aufsichtsrat vgl. §. 231 Anm. I; über Bestellung von Revisoren §. 266 Anm. II, über Bestellung besonderer Vertreter der A.G. für einzelne Angelegenheiten vgl. §. 268 Anm. IV, §. 247 Anm. II. Entsprechend der Schaffung von Rechten durch den Anstellungsvertrag kann die Generalversammlung durch den Entlastungsbeschluß auch auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche aus der Geschäftsführung verzichten (§. 260 Anm. IV a).

4. Bilanzgenehmigungs- und Gewinnverteilungsbeschluß. Dem Beschluß, durch welchen eine Bilanz genehmigt wird, kommt nicht eine Art Rechtskraft zu; er entscheidet nicht über die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und der A.G., sondern bringt nur den Willen der A.G. zum Ausdruck, daß der vorgelegte Bilanzentwurf fortan als die vom Gesetz verlangte Bilanz gelten soll. Dieser Wille ist nicht schon deshalb einer späteren Abänderung entzogen, weil er überhaupt zum Ausdruck gekommen ist. Ob die Abänderung wirksam oder unwirksam ist, richtet sich vielmehr danach, ob der geänderte Wille einen gesetzmäßigen Zustand herstellt oder rechtsverletzend ist (R.G. XXXII, 95). Über die Einwirkung einer Abänderung des Gewinnverteilungsbeschlusses auf bereits erworbene Gläubigerrechte auf Gewinnverteilung vgl. §. 213 Anm. II c.

5. Übernahme der Kosten, welche durch die Ausübung bestimmter Minderheitsrechte entstanden sind. Vgl. §. 254 Anm. V, §. 267 Anm. III

§. 251. **Beschlußfassung.**

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind.

Für Wahlen können im Gesellschaftsvertrag andere Bestimmungen getroffen werden.

A.D.H. Art. 209 a Abs. 1 Ziff. 5. **Entw. I** §. 231. **Entw. II** §. 246.

§. 251.

I. **Einfache Stimmenmehrheit.** Hierunter ist nach §. 251 Abs. 1 die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verstanden. Durch die Fassung soll zugleich klargestellt werden, daß dieser Ausdruck überall im Gesetz die gleiche Bedeutung hat (Denkschr. 144).

a. **Mehrheit.** Dies schließt auch den Fall ein, daß nur eine Stimme abgegeben wird. Die Generalversammlung kann auch bei Anwesenheit nur eines Aktionärs stattfinden und giltig beschließen (R.G. XXXIV, 116, B.G. §. 32 Abs. 1 Satz 3). Da eine Mehrheit erforderlich, so ist ausgeschlossen die Zulässigkeit eines Stichentscheids des Vorsitzenden oder einer Losziehung bei Stimmengleichheit. Bei Stimmengleichheit ist der gestellte Antrag nicht angenommen, umgekehrt aber auch nicht abgelehnt. Die Ansicht, wonach bei Stimmengleichheit der Antrag als abgelehnt gilt (so Pinner Anm. II), würde dazu führen, daß wenn zwei einander entgegengesetzte Anträge vorliegen, das Ergebnis der Abstimmung davon abhängen würde, welchen dieser Anträge der Vorsitzende zuerst zur Abstimmung bringt.

b. **„Der abgegebenen Stimmen"**, d. h. aller abgegebenen Stimmen. Hierdurch wird ausgedrückt, daß nur die absolute Mehrheit entscheidet (Denkschr. 144), daß

also kein Beschluß, zu welchem einfache Stimmenmehrheit erforderlich ist, gefaßt ist, so lange nicht die Mehrheit aller abgegebenen Stimmen sich dafür erklärt hat.

c. **Abgegebene** Stimmen nur werden gezählt (R.G. XX, 143). Abgegeben in diesem Sinne sind nur die in giltiger Weise abgegebenen (ebenso Rudorff zu Abs. 1). Stimmen, die in ungiltiger Weise abgegeben worden sind, werden ebensowenig berücksichtigt wie Stimmen, mit denen Anwesende sich der Abstimmung enthalten haben. — Über den Ausdruck „bei der Beschlußfassung vertretenes Grundkapital" vgl. §. 207 Anm. II c.

d. **Stimmen.** Über die Zahl der Stimmen, welcher jeder einzelne Anwesende abzugeben berechtigt ist, vgl. §. 252.

II. **Art der Abstimmung.** Hierfür sind — ebenso wie für die Verhandlung in Generalversammlungen (§. 250 Anm. V a 6) — die für alle Versammlungen üblichen Regeln zu Grunde zu legen (Behrend §. 122 bei Anm. 9), soweit nicht die Satzung oder der kein Sonderrecht verletzende Generalversammlungsbeschluß etwas Gegenteiliges bestimmen. Hiernach sind Unteranträge zuerst, weitergehende Anträge vor weniger weitgehenden, Vertagungsanträge vor sachlichen Anträgen zur Abstimmung zu bringen. — Eine Abstimmung durch Zuruf ist nach den üblichen Regeln nur zulässig, wenn auf vorherige Anfrage an die Versammlung, ob diese Abstimmungsart gewählt werden soll, kein Stimmberechtigter Widerspruch erhebt (dagegen Staub Art. 190 §. 10 S. 511). Das Wesen der Abstimmung durch Zuruf besteht darin, daß nur zu prüfen ist, ob mindestens eine Stimme dem Antrage zustimmt und ob keine widerspricht (dies genügt zur Feststellung der Annahme durch „einfache Stimmenmehrheit", oben Anm. I a); nicht zu prüfen ist bezüglich derjenigen, welche sich nicht äußern, ob sie zustimmen oder sich der Abstimmung enthalten; ebensowenig wird geprüft, wieviele sich zustimmend äußern. Die in Protokollen oft gebrauchte Redewendung „der Antrag wurde einstimmig durch Zuruf angenommen" (insbesondere, wenn garnicht feststeht, ob alle sich geäußert haben) beruht daher auf einer Verkennung des Wesens einer Abstimmung durch Zuruf. Ist der Vornahme einer Abstimmung durch Zuruf nicht widersprochen worden, erhebt sich aber dennoch bei der darauf folgenden Abstimmung ein sachlicher Widerspruch gegen den zur Abstimmung gebrachten Antrag, so ist hierdurch die Unausführbarkeit dieser Abstimmungsart festgestellt, und es muß nunmehr die Abstimmung in gewöhnlicher Art über denselben sachlichen Antrag herbeigeführt werden (dagegen Staub Art. 190 §. 10 S. 511), da nunmehr für die Ermittelung der Mehrheit die Feststellung erforderlich wird, wieviele von den bisher Schweigenden zustimmen, und wieviele sich enthalten wollen. — Über Beschlußfähigkeit vgl. §. 250 Anm. V a 7.

III. **Beschlüsse, welche nicht Wahlen sind** (§. 251 Abs. 1). Dergleichen Beschlüsse bedürfen stets mindestens „einfacher Stimmenmehrheit" (oben Anm. I). Gesetz und Satzung können die Erfordernisse nicht mildern, sondern nur verschärfen. Ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung zu stellen ist und demselben nachgekommen werden muß, fällt daher nicht unter den Begriff eines Beschlusses der Generalversammlung (vgl. §. 268 Anm. III b). Die Fälle, in denen das Gesetz die Erfordernisse eines Beschlusses verschärft hat, ergeben sich aus der Zusammenstellung in §. 250 Anm. V b 2. Durch Satzung können z. B. auch übereinstimmende Beschlüsse in zwei einander folgenden Versammlungen vorgeschrieben werden (M. 215). Über die Frage, ob bei Stimmengleichheit ein Beschluß vorliegt, vgl. oben Anm. I a. — Für anwendbar zu erachten (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II) ist B.G. §. 32 Abs. 2:

> „Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß giltig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären."

IV. **Wahlen** (§. 251 Abs. 2). Als gesetzliche Regel gilt auch hier das Erfordernis einfacher Stimmenmehrheit und die Möglichkeit einstimmiger schriftlicher Beschlüsse (Anm. III). Die Satzung kann jedoch andere Bestimmungen treffen, also sowohl mildernde wie ver-

schärfende. So kann sie vorschreiben, daß die verhältnismäßige (relative) Mehrheit genügen oder bei Stimmengleichheit das Los entscheiden soll (Denkschr. 144). Sie kann jedoch nicht eine der Generalversammlung gesetzlich zustehende Wahl überhaupt der Generalversammlung entziehen (§. 250 Anm. V b 1, §. 243 Anm. II b).

§. 252. Stimmrecht.

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt. Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so kann der Gesellschaftsvertrag den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen als den Aktien einer anderen Gattung.

Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und genügend; die Vollmacht bleibt in der Verwahrung der Gesellschaft.

Wer durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für Andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

Im Uebrigen richten sich die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach dem Gesellschaftsvertrage.

A.D.H. Art. 221 Abs. 2 (190 Abs. 1—3, 5). **Entw. I** §. 232. **Entw. II** §. 247.

§. 252.

I. **Stimmrecht ein notwendiger Bestandteil des Anteilrechts.** §. 252 Abs. 1 Satz 1. Jedes Anteilrecht (§. 179 Anm. II) für sich allein berechtigt nach öffentlichem Recht (§. 252 Abs. 4: „im übrigen", K.B. 61) zum Mitstimmen. Eine vollständige Beseitigung dieses Rechts zum Mitstimmen im eigenen Namen (= Stimmrecht) für einzelne Anteilrechte oder einzelne Aktiengattungen ist unzulässig (M. 153, R.G. v. 20. April 1893 J.W. 310). Doch kann durch Satzungsbestimmung die Ausübung des Rechts dadurch bedingt werden, daß vor jedem Einzelfall der Ausübung bestimmte Formvorschriften, z. B. die Hinterlegung der Mitgliedscheine (§. 255 Abs. 2), zu erfüllen sind. Ebenso erscheint es zulässig, durch Satzungsbestimmung die Ausübung des Stimmrechts von längerem Besitz des Anteilrechts abhängig zu machen (M. 154, Esser §. 255 Anm. 3; vgl. §. 266 Abs. 3, §. 269 Abs. 2). Nicht „eine Stimme", sondern „das Stimmrecht" ist jedem Anteilrecht gewährt (Esser Anm. 2). Die Satzung kann daher jedem Anteilrecht eine Mehrheit von Stimmen beilegen (§. 252 Abs. 4). Andererseits ist auch nicht notwendig, daß das Recht zum Mitstimmen in dem Beilegen mindestens „einer Stimme" zum Ausdruck kommt. Denn wenn nur die Selbständigkeit der Ausübung gewahrt bleibt, so ist es gleichgiltig, ob man jenes Recht mitzustimmen als ein Recht auf eine Stimme oder auf den Bruchteil einer Stimme bezeichnet (dagegen Esser Anm. 4). Hieraus folgt aber ferner, daß die Sätze 3 und 4 des §. 252 Abs. 1 nicht Ausnahmen von Satz 1 und 2, sodern nur von Satz 2 enthalten, wenngleich die Zusammenfassung aller Bestimmungen in einen Absatz dies Verhältnis undeutlich läßt. Für das Vorhandensein des Stimmrechts ist unerheblich, in welcher Höhe (und bei Nichtbareinlagen auch, ob überhaupt, §. 195

Anm. IVa) die Einlage bereits geleistet ist; es sei denn, daß das Anteilrecht durch Verlustigerklärung (§. 219 Anm. III) oder als Vertragsstrafe (§. 212 Anm. Id) verwirkt ist. Auch Frauen und Ausländer haben das Stimmrecht (Pinner Anm. IV 1); dies ist nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung (Pinner a. a. O., Esser Anm. 5; dagegen Behrend §. 122 Anm. 7, Rudorff zu Abs. 2, Cosack §. 116 IV 1). Über Mitberechtigung mehrerer an einem Anteil vgl. §. 225.

II. **Nachweis des Stimmrechts.** Das Gesetz schreibt nicht (auch nicht in §. 258) vor, daß die G.V. den Nachweis des Stimmrechts von denjenigen, welche ein solches in Anspruch nehmen, fordern müsse, wenn allen Beteiligten das Vorhandensein des Stimmrechts bekannt ist (R.G. in Strff. XXXI, 403); in der Teilnahme eines Nichtberechtigten liegt jedoch eine Gesetzwidrigkeit (§. 271), und zur Vermeidung derselben ist der Vorstand und jeder Beteiligte berechtigt, den Nachweis zu fordern. — Wenn Anteilrecht, ist auch Stimmrecht vorhanden (für die Ausübung im Einzelfall können noch andere Vorschriften zu erfüllen sein; oben Anm. I). Andererseits kann ein Stimmrecht nur auf eigener Anteilberechtigung oder auf dem Vorhandensein der Vertretungsmacht für einen Anteilberechtigten beruhen. Mithin fällt — abgesehen von dem Fall des Stimmrechts kraft Vertretungsmacht (unten Anm. IV) — der Nachweis des Stimmrechts zusammen mit dem Nachweis des Anteilrechts. Hieraus folgt:

a. **Sind Inhaberaktien ausgegeben,** so genügt die Vorlegung der Urkunde, es sei denn, daß die Gesellschaft (oder ein anderer Beteiligter) beweist, der Vorleger sei nicht berechtigt zur Verfügung über die Urkunde (B.G. §. 793, H.G.B. §. 222 Anm. I; ebenso Cosack §. 116 Anm. IV 1). „Berechtigt zur Verfügung" in diesem Sinne ist aber auch der Treuhänder (vgl. R.O.H. XIV, 359). Daher ist stimmberechtigt auch der (in eigenem Namen auftretende) Strohmann (vgl. §. 182 Anm. IIb, §. 271 Anm. Va 1, O.L.G. Hamburg v. 28. Febr. 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 467 Nr. 77, Bolze Bd. 12 Nr. 510). Jede Übergabe von Inhaberurkunden mit der Ermächtigung des Empfängers zur Ausübung der sich daraus ergebenden Rechte in dessen eigenem Namen ist aber als Übertragung des Rechts zu treuer Hand, nicht als bloße Bevollmächtigung und auch nicht als Scheingeschäft aufzufassen. Ist nach Obigem der Einwand, daß Treuhandschaft bestehe, an sich unerheblich, so ist dagegen erheblich der Einwand, daß derjenige, der in eigenem Namen stimmen will, hierzu nicht berechtigt sei, z. B. daß ein bloßes Vollmachtsverhältnis (d. h. eine Ermächtigung zum Stimmen in fremdem Namen) bestehe. Denn in letzterem Fall liegt keine „Berechtigung zur Verfügung" im Sinne des B.G. §. 793 vor. Dem Treuhänder können nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. R.O.H. XVII, 160) auch diejenigen Einwendungen entgegengesetzt werden, welche gegenüber seinem Auftraggeber begründet sind, und zwar selbst wenn der Treuhänder sie nicht kannte; so z. B. eine Beschränkung des Stimmrechts wegen gleichzeitigen Besitzes mehrerer Anteile (§. 252 Abs. 1 Satz 3) oder der Ausschluß des Stimmrechts wegen widerstreitenden Interesses (§. 252 Abs. 3, Sten. Ber. 87). Der Fall liegt, wie Staub Art. 183 §. 5 S. 504 mit Recht bemerkt, entsprechend demjenigen des Inkassomandats bei Wechseln. Wer ein Stimmrecht ausübt ohne schriftliche Vollmacht vorzulegen oder sich als gesetzlicher Vertreter auszuweisen, gilt als aus eigenem Rechte stimmend (unten Anm. IVa). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung oder entgeltlicher Entleihung fremder Aktien zum Stimmen vgl. §. 318.

b. **Sind Namen-Mitgliedscheine ausgegeben,** so ist für den Nachweis des Anteilrechts (und mithin des Stimmrechts) erforderlich und (mangels besonderer Satzungsbestimmungen) genügend der Nachweis der Eintragung im Aktienbuch (§. 223 Anm. IVa—d, §. 224), vorbehaltlich des Gegenbeweises gegen die Ordnungsmäßigkeit des Verzeichnens (§. 223 Anm. IVe). Es braucht nicht außerdem (wie Pinner Anm. V 1 annimmt) der Besitz der Urkunde nachgewiesen zu werden. Auch bei Namenurkunden

kann nicht eingewendet werden, die Eintragung des Eigentumsüberganges sei nicht ordnungsmäßig, weil nur eine Übertragung zu treuer Hand vorliege (R.G. XL, 82).

c. **Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben**, so besteht nichtsdestoweniger das Stimmrecht; der Nachweis des Anteilrechts (und mithin des Stimmrechts) ist nach den allgemeinen, für den Nachweis des Erwerbes von Rechten maßgebenden Grundsätzen zu erbringen (§. 179 Anm. IIb). So selbst wenn die Satzung vorschreibt, daß der Nachweis in Generalversammlungen durch den Besitz der Aktien zu führen sei, die Aktienurkunden aber thatsächlich noch nicht ausgegeben sind (R.G. in Strff. XXXI, 403).

III. **Höhe des Stimmrechts.**

a. **Regel: im Verhältnis der Grundkapitalanteil-Beträge.** §. 252 Abs. 1 Satz 2—4. Unter „Aktienbetrag" ist der Nennbetrag der Aktienurkunde, mithin der Betrag des Grundkapitalanteils (§. 179 Anm. IIIa) verstanden. Die Regel findet Anwendung sowohl wenn bei der betreffenden A.G. die Grundkapitalanteile sämtlich gleich hoch, wie auch wenn sie von verschiedener Höhe sind (R.G. XLII, 42). In der Fassung des §. 252 ist zwischen „Stimmrecht" und „Ausübung des Stimmrechts" keine strenge Unterscheidung erkennbar durchgeführt. Wenn es daher heißt: „Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt", so ist dies gleichbedeutend mit „ist nach Aktienbeträgen vorhanden". Auch diese Regel ist öffentlichen Rechts (§. 252 Abs. 4: „im übrigen"). Doch ist zulässig, durch die Satzung nach zwei Richtungen Ausnahmen zu bestimmen.

b. **Ausnahmen.** Sie bestehen nur, wenn durch die Satzung (§. 182 Anm. I) im Einzelfall Ausnahmen bestimmt.

1. Festsetzung eines Höchstbetrages oder von Abstufungen bei Besitz mehrerer Anteilrechte. §. 252 Abs. 1 Satz 3. Nur für die Dauer des gleichzeitigen Besitzes kann durch Satzungsbestimmung eine Beschränkung festgesetzt werden; bei Übergang des Besitzes eines Anteilrechts an einen anderen lebt das damit verbundene Stimmrecht wieder in voller Höhe auf, es sei denn, daß auch in der Person des neuen Besitzers die Voraussetzungen der satzungsmäßigen Beschränkung wegen gleichzeitigen Besitzes mehrerer Anteile vorhanden sind. Da als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beschränkung der Besitz mehrerer Aktien genannt ist, so ist (trotz der Fassung „die Ausübung des Stimmrechts") für unzulässig zu erachten eine Bestimmung, wonach niemand mehr als fünf Stimmen in eigenem und fremdem Namen abgeben dürfe; die Aktien jedes einzelnen Besitzers sind vielmehr getrennt zu berechnen, gleichgiltig ob jeder Aktionär persönlich stimmt oder alle durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten das Stimmrecht ausüben. „Besitz von Aktien" ist hier, wie an anderen Stellen (§. 254 Abs. 1, §. 266 Abs. 3, §. 269 Abs. 2; nicht jedoch auch in §. 230), — weil nur der gewöhnliche Fall der Inhaberaktie vor schwebte — unzutreffend gebraucht, während Anteilberechtigung gemeint ist. — Die herrschende Meinung erachtet für zulässig eine Vorschrift der Satzung, daß nach Köpfen abzustimmen sei, auf dem Umwege der Verleihung einer Stimme an jeden der (sämtlich gleich hohen) Anteile und Festsetzung des Höchstbetrages auf eine Stimme (Behrend §. 122 Anm. 2, Staub Art. 190 §. 3 S. 509); dem ist jedoch wohl nicht beizustimmen (wohl ebenso Pinner Anm. III 3), denn Abs. 1 Satz 3 sollte nur gestatten, den Einfluß der Vereinigung mehrerer Anteile in einer Hand zu beschränken, nicht auf diesem Wege die Regel, daß der Anteilbetrag entscheide, ganz aufzuheben. Selbst bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung würde bei verschieden hohen Anteilbeträgen eine Abstimmung nach Köpfen nicht vorgeschrieben werden können. — Eine Beschränkung des Höchstbetrages des Stimmrechts bei Besitz mehrerer Anteilrechte trifft im Zweifel nur die Fälle, in denen nach Stimmen abgestimmt wird, nicht auch diejenigen,

in denen nach der Höhe des vertretenen Grundkapitals gezählt wird. Doch ist an sich auch in letzterer Beziehung eine entsprechende Beschränkung nicht ausgeschlossen, insoweit für die einzelnen Abstimmungsfälle eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung durch Satzung zulässig ist.

2. Beilegung verschiedenen Stimmrechts an verschiedene Aktiengattungen. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beilegung verschieden hohen Stimmrechts ist, daß auch bei Außerbetrachtlassung der Stimmrechtsverschiedenheit eine Gattungsverschiedenheit der Anteile vorhanden wäre (§. 185 Anm. I b). Wollte man dies trotz des dafür sprechenden Wortlauts nicht annehmen, so würde durch die Ausnahme des Satz 4 die Regel des Satz 2 vollständig aufgehoben werden, denn es wäre dann zulässig zu bestimmen, daß von den im übrigen gleichberechtigten Anteilen Nr. 1—1000 von je 1000 Mk. Nennbetrag die Anteile Nr. 1—500 je eine Stimme, die Anteile Nr. 501—1000 je zwei Stimmen haben sollen. Gerade dies aber wollte das Gesetz durch die Vorschrift des Satz 2 verhindern. — Durch die neue Fassung sollte „klargestellt" werden, „daß im Falle der Ausgabe verschiedener Gattungen von Aktien den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht als denen einer anderen Gattung eingeräumt werden kann, ohne daß es darauf ankommt, daß die einzelnen Aktionäre sich im Besitze mehrerer Aktien befinden" (Denkschr. 144).

IV. **Ausübung durch Vertreter.**

a. **Recht** der Ausübung durch Vertreter. Wer Stimmrecht hat, kann es nach seiner Wahl persönlich (bezw. durch seinen gesetzlichen Vertreter) oder durch einen Bevollmächtigten ausüben (§. 252 Abs. 2 Satz 1). Im Fall des Vorhandenseins mehrerer gesamtvertretungsberechtigter gesetzlicher Vertreter und im Fall, daß von mehreren einzelvertretungsberechtigten gesetzlichen Vertretern thatsächlich mehrere aufzutreten versuchen, ist §. 225 entsprechend anwendbar. Ebenso kann auch nur durch „einen" Bevollmächtigten das Stimmrecht ausgeübt werden (dagegen nach bisherigem Recht Staub Art. 190 §. 4 S. 510). — Tritt der Wille, das Stimmrecht in fremdem Namen auszuüben, nicht erkennbar hervor, so gilt der Stimmende als in eigenem Namen stimmend (B.G. §. 164 Abs. 2, R.G. XXXVII, 111). — Eine die Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte überhaupt ausschließende Satzungsbestimmung ist unwirksam (§. 252 Abs. 4); doch ist für zulässig zu erachten eine Satzungsbestimmung des Inhalts, daß nur bestimmte Arten von Personen, z. B. nur Aktionäre (Behrend §. 122 Anm. 10, Pinner Anm. IV 3, Rudorff zu Abs. 2), bevollmächtigt werden dürfen. Mangels besonderen Verbots dürfen auch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder als Bevollmächtigte auftreten.

b. **Form** des Nachweises der Vertretungsberechtigung. Nur für den Nachweis der Bevollmächtigung, d. h. der Erteilung einer Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft (B.G. §. 166 Abs. 2), erfordert §. 252 Abs. 2 Satz 2 die schriftliche (B.G. §. 126 Abs. 1, 3) Form. Der Nachweis einer aus anderem Rechtsgrunde vorhandenen Vertretungsmacht kann auch in anderer Weise, z. B. durch Vorlegung eines Auszuges aus dem Handelsregister, geführt werden. Ob die Bevollmächtigung nur für die Stimmausübung in einer bestimmten Generalversammlung erteilt ist oder ob die Vollmacht einen allgemeineren Inhalt hat, ist unerheblich; doch hat auch im letzteren Falle die Vollmacht in der Verwahrung der Gesellschaft zu bleiben (§. 252 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2). Die Prokura ist eine Art der Vollmacht; sie fällt mithin unter §. 252 Abs. 2 Satz 2, und die letztere Vorschrift bildet eine Einschränkung des §. 49 dahin, daß nur eine schriftlich erteilte (oder gerichtlich oder notariell beurkundete, B.G. §§. 126 Abs. 3, 128) Prokura zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigt. Da nur die Vorlegung der Urschrift der Vollmacht genügt (vgl. B.G. §. 172, H.G.B. §. 252 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2), so ist sie auch nicht durch Vorlegung

eines Handelsregisterauszuges zu ersetzen (dagegen Behrend §. 122 Anm. 11, Pinner Anm. IV 3). — Das H.G.B. schreibt neu vor, daß die schriftliche Form der Vollmacht nicht nur erforderlich, sondern auch genügend sei (K.B. 80). Weder ersteres noch letzteres kann durch Satzung geändert werden (§. 252 Abs. 4: „im übrigen"). — Voraussetzung des Genügens einer schriftlichen Vollmacht ist selbstverständlich, daß die Vollmacht echt, d. h. wirklich von dem Machtgeber unterschrieben ist; bei Zweifeln über die Echtheit kann zwar Beglaubigung verlangt werden, aber nicht mit der Wirkung, daß Machtgeber und Bevollmächtigte sich dem fügen müßten; auch wenn diese dem Verlangen nicht nachkommen, erfolgt eine etwaige Zurückweisung auf die Gefahr hin, daß die ohne Mitwirkung des Bevollmächtigten gefaßten Beschlüsse mit Erfolg angefochten werden können, wenn der Anfechtende darthut, daß die Vollmacht echt war (R.G. XL, 85, wo indessen die Beweislast anders verteilt).

V. **Ausschluß wegen Widerstreits der Interessen.**

a. **Stimmrecht und Ausübung für andere sind ausgeschlossen,** d. h. das Mitstimmen in eigenem (oben Anm. I) und in fremdem (oben Anm. IV) Namen. Nicht ausgeschlossen ist das Recht (§. 250 Anm. Va 6) der Teilnahme an der Erörterung; noch weniger das Recht auf Anwesenheit bei der Beschlußfassung (R.G. v. 9. Januar 1897 J.W. 112; vgl. auch §. 255 Anm. III). Die Beschränkung erstreckt sich nur auf die einzelne Beschlußfassung. Erfolgt die Beschlußfassung ungetrennt über Gegenstände, wegen deren das Stimmrecht eines Aktionärs ausgeschlossen, und über solche, wegen deren es nicht ausgeschlossen ist (z. B. Entlastung mehrerer Aktionäre), so dürfen sie an der ganzen Beschlußfassung nicht teilnehmen; sie haben jedoch bis zum Beginn der Abstimmung das Recht, getrennte Abstimmung zu verlangen.

b. **Die einzelnen Fälle.**

1. Entlastung durch die Beschlußfassung. Vgl. §. 260 Anm. IVd. Die zu Entlastenden haben aber Stimmrecht bei der die Entlastung nur vorbereitenden Beschlußfassung über Bilanzgenehmigung (§. 260 Anm. Ia, Esser Anm. 7; für früheres Recht wohl dagegen R.G. v. 9. Jan. 1897 in J.W. 113 und bei Holdheim Ztschr. 121).

2. Befreiung von einer Verpflichtung. Dies ist einschränkend auszulegen. Nur diejenigen Verpflichtungen sind gemeint, welche von einzelnen Aktionären abweichend von anderen Aktionären übernommen sind. So z. B. die besonderen Verpflichtungen aus dem Versprechen einer Nichtbareinlage, oder die Verpflichtungen aus einem Vertrage mit der A.G. Sind die Verpflichtungen aller Aktionäre gleiche, so findet kein Ausschluß vom Stimmrecht statt; anderenfalls wäre es unmöglich, die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen aufzuheben oder einen Herabsetzungsbeschluß behufs Befreiung der Aktionäre von der Einlagepflicht (§. 289 Abs. 4) zu fassen. Aber auch die fernere Einschränkung ist zuzugestehen, daß die Beschlußfassung unmittelbar auf Befreiung der betreffenden Aktionäre gerichtet sein muß. Daher können ergänzend haftbare Vorstandsmitglieder (§. 204), welche Aktionäre sind, mitstimmen, wenn durch den Beschluß auf die Ansprüche gegen die in erster Reihe haftenden Gründer (§. 202) verzichtet werden soll (Staub Art. 213d §. 2).

3. Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär betreffend. Ebenso B.G. §. 34. Sehr bestritten ist, wie weit der Kreis der hierunter begriffenen Beschlüsse sich ausdehnt. Jedenfalls sind einbegriffen Verträge, welche die A.G. mit dem Aktionär als Drittem schließt. Gleichgiltig ist, ob der Beschluß eine Annahme- oder Zustimmungserklärung zu derartigen Verträgen oder erst ein Angebot zu solchen enthält. Ein solches Angebot eines Dienst- oder Auftragsvertrages liegt in der Wahl eines Aktionärs zum Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats (§. 231 Anm. IIb, §. 243 Anm. IIe). Bei der-

artigen Wahlen darf daher niemand für sich selbst stimmen (ebenso Staub Art. 190 §. 8 S. 511; dagegen Esser Anm. 7). Auch eine einseitige Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft (B.G. Buch I Abschn. 3 Überschrift). Mithin darf bei der Beschlußfassung über den Widerruf der Bestellung eines Aufsichtsrats- (oder Vorstands-)mitgliedes das betreffende Mitglied nicht mitstimmen (ebenso Ring Art. 190 Anm. 3 S. 452, Pinner Anm. VI 1; dagegen Staub Art. 190 §. 8 S. 511). Auch jede Zuwendung eines (besonderen) Vorteils an einen Aktionär ist eine Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit demselben (K.B. 81). Nicht einbegriffen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft in Ansehung der Rechte und Pflichten der Mitglieder als solcher mit diesen vornimmt. So z. B. nicht der Errichtungsbeschluß (§. 196), der Gewinnverteilungsbeschluß (§. 260), die Änderung des gesetzlichen Bezugsrechts (§. 282 Abs. 1), das Angebot von Vorzugsrechten gegen Zuzahlung (§. 276 Anm. V), die Festsetzung der Vergütung für wiederkehrende Leistungen (§. 216 Anm. III). Auch nicht Verhandlungen über Nichtbareinlagen (dagegen Pinner Anm. VI 1), es sei denn, daß es sich um die Befreiung von einer Verpflichtung (oben zu 2) oder um Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits (unten zu 4) handelt. Nicht einbegriffen sind ferner auch hier diejenigen Beschlußfassungen, welche nicht unmittelbar die Vornahme eines Rechtsgeschäfts betreffen, sondern dasselbe nur vorbereiten, z. B. den Vorstand zur Vornahme eines solchen ermächtigen in Fällen in denen der Generalversammlungsbeschluß nicht notwendiger Bestandteil des Geschäfts ist. Als unmittelbar die Vornahme des Rechtsgeschäfts betreffend sind dagegen Beschlüsse zu erachten, welche den Vorstand zur Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht nur ermächtigen, sondern anweisen. Bei gegenteiliger Ansicht würde man bezüglich der Einleitung eines Rechtsstreits (nachstehend zu 4) nie einen Beschluß als diese Einleitung unmittelbar betreffend ansehen können, da in keinem Fall der Beschluß notwendige Voraussetzung der Einleitung des Rechtsstreits ist. Nicht unmittelbar bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt ist das gewinnanteilsberechtigte Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats, wenn es sich um Genehmigung der Bilanz handelt. — Über die Sonderbestimmungen für den Fall des Errichtungsbeschlusses vgl. §. 196 Anm. IId. — Über die Frage, ob der mitstimmende Aktionär sich hierdurch bereits als Vertragsgegner bindet, vgl. § 250 Anm. Vc 1.

4. Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft. Ebenso B.G. §. 34. Insbesondere die in §§. 268ff. behandelten Beschlüsse kommen in Betracht. Aber auch z. B. ein Beschluß, den Vorstand zur Klage wegen rückständiger Einlagen anzuweisen (vgl. oben zu 3).

Berufung der Generalversammlung. §. 253.

Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind.

Die Generalversammlung ist, außer den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert.

A.D.H. Art. 236. **Entw. I** §. 233. **Entw. II** §. 248.

§. 253.

I. **Berufer** ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 234 Anm. Ic). Er ist berechtigt zur Berufung neben allen anderen durch

Gesetz oder Satzung hierzu befugten Personen („auch"). Im Gesetz sind als unter gewissen Voraussetzungen befugt zur Berufung genannt: die Gründer (§. 190 Abs. 2, 3), das Registergericht (§. 196 Abs. 1), der Aufsichtsrat (§. 246 Abs. 2), Aktionäre infolge Ermächtigung des Gerichts (§. 254), die Liquidatoren (§. 298 Abs. 2).

II. **Fälle notwendiger Berufung.** In der Nichtberufung der Generalversammlung in einem dieser Fälle liegt eine Obliegenheitsverletzung (§. 241 Anm. II). Einen Fall notwendiger Ankündigung vgl. in §. 267 Abs. 2.

a. **Vornahme eines Geschäfts, für welches ausschließlich die Generalversammlung zuständig ist.** Vgl. §. 250 Anm. Vb 1, 2. Einzelne dieser Geschäfte wiederholen sich notwendig in gewissen Zeitabschnitten. Insbesondere ergiebt sich aus den Bestimmungen der §§. 260, 39 Abs. 2 die Notwendigkeit des ungefähr jährlichen Zusammentretens der Generalversammlung behufs Feststellung der Bilanz, so daß die zu diesem Zweck zusammentretende Generalversammlung als die „ordentliche" bezeichnet zu werden pflegt (vgl. §. 256 Abs. 3: „außerordentliche"). Über die Notwendigkeit, mindestens etwa alle fünf Jahre behufs Wahl des Aufsichtsrats zusammenzutreten, vgl. §. 243 Anm. IId 2.

b. **Erscheinen eines die Hälfte des Grundkapitals erreichenden Verlustes bei Bilanzaufstellung.** Vgl. §. 240 Anm. II.

c. **Verlangen von Aktionären, deren Anteile zusammen den zwanzigsten** (oder den durch Satzung bestimmten geringeren) **Teil des Grundkapitals erreichen.** Vgl. §. 254 Abs. 1.

d. **Beschluß der Generalversammlung auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung.** Vgl. §. 256 Abs. 3, §. 264 Abs. 2.

e. **„Wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert."** In diesem Falle ist nicht nur der Vorstand (§. 253 Abs. 2), sondern auch der Aufsichtsrat (§. 246 Abs. 2) verpflichtet zur Berufung der Generalversammlung. Der §. 253 Abs. 2 enthält, wie sich aus dem Zusammenhang mit Abs. 1 ergiebt, nur eine Anweisung für den Vorstand (und mittelbar für die Liquidatoren, §. 298 Abs. 2), nicht auch (was Pinner Anm. III 3 annimmt) für andere Berufungsberechtigte. Die Berufungspflicht besteht nicht schon dann, wenn nur im Interesse der Gläubiger die Berufung liegt (R.G. XXXVI, 29).

III. **Beschlußfassung ohne Berufung.** Die Vorschriften über Berufung der Generalversammlung sind ausschließlich im Interesse der Aktionäre gegeben, um eine Verkümmerung ihres Sonderrechts auf Mitwirkung in der Generalversammlung (§. 250 Anm. IIIc 5) zu verhindern. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Gesetzesbestimmung ist daher anzunehmen, daß die Aktionäre in jedem Einzelfall auf die Beobachtung der Berufungsbestimmungen verzichten können. Das zwingende Recht setzt nur die eine Grenze, daß der Beschluß doch immerhin auf einer „Generalversammlung" stattfinden muß, und als „Generalversammlung" sieht es nicht eine Versammlung an, bei deren Berufung sehr erhebliche Verstöße vorgekommen sind (§. 273 Anm. IIb 2), welche z. B. überhaupt nicht berufen ist. Aber auch von der Regel, daß der Beschluß doch immerhin auf einer „Generalversammlung" stattfinden müsse, wird eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß der Beschluß von allen Aktionären einstimmig gefaßt wird. Ausdrücklich im Gesetz (B.G. §. 32 Abs. 2) ist dies anerkannt für den Fall, daß die Zustimmung aller Mitglieder schriftlich erfolgt (§. 251 Anm. III, IV). In der Rechtsprechung ist dasselbe angenommen auch für den Fall, daß in einer ohne Berufung zusammentretenden Versammlung aller Aktionäre mündlich einstimmige Beschlüsse gefaßt werden (R.G. in Strff. XXIX, 384, O.L.G. Dresden v. 4. Febr. 1890 Z.f.H. Bd. 40 S. 473; ähnlich Pinner Anm. V; dagegen Lehmann in Z.f.H. Bd. 40 S. 473 Anm., wohl auch Behrend §. 121 Anm. 9b). — Über die Folgen der Verletzung von Gesetz oder Satzung bei Berufung vgl. §. 273 Anm. IIb 2.

Minderheitsrecht auf Berufung. §. 254.

Die Generalversammlung ist zu berufen, wenn Aktionäre, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung der Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines geringeren Antheils am Grundkapitale geknüpft, so hat es hierbei sein Bewenden.

In gleicher Weise haben die Aktionäre das Recht, zu verlangen, daß Gegenstände zur Beschlußfassung einer Generalversammlung angekündigt werden.

Wird dem Verlangen weder durch den Vorstand noch durch den Aufsichtsrath entsprochen, so kann das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die Aktionäre, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung des Gegenstandes ermächtigen. Zugleich kann das Gericht über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen. Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung oder Ankündigung Bezug genommen werden.

Die Generalversammlung beschließt darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen.

A.D.H. Art. 237. **Entw. I** §. 234. **Entw. II** §. 249.

§. 254.

I. **Antragsberechtigte.**

a. **Aktionäre.** Vgl. §. 211 Anm. I a. Eingeschlossen sind Treuhänder (§. 252 Anm. II, §. 271 Anm. V a 1). „Besitz" von Anteilen vgl. §. 252 Anm. III b 1. Auch einem einzelnen Aktionär, welcher die genügende Zahl von Anteilen besitzt, steht das Recht zu (Esser Anm. 7). Über die Bestrafung einer Benutzung fremder Anteilrechte ohne Befugnis oder auf Grund entgeltlicher Leihe vgl. §. 318.

b. **Gesetzlicher Mindestbetrag** der vertretenen Anteile ist $^1/_{20}$ Grundkapital.

c. **Abweichende Satzungsbestimmungen** sind in §. 254 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich für zulässig erklärt, wenn sie dahin gehen, das Recht der Berufung an den Besitz eines geringeren Anteils am Grundkapital zu knüpfen. Mithin ist das Erfordern eines höheren Anteils am Grundkapital ausgeschlossen. Aber auch im übrigen darf die Satzung das Recht nicht erschweren, z. B. nicht durch Erfordern der Aktienhinterlegung (Pinner Anm. II 1) oder durch Hinzufügung der Bedingung einer längeren Dauer des Aktienbesitzes, oder durch die Bestimmung, daß dem Verlangen erst innerhalb einer längeren Frist stattgegeben zu werden braucht (Staub Art. 237 §. 6). Giebt die Satzung einem geringeren als dem gesetzlichen Anteil das Berufungsrecht, aber unter Hinzufügung einer Erschwerung, so haben die Aktionäre die Wahl, ob sie von dem gesetzlichen oder dem satzungsmäßigen Recht Gebrauch machen wollen. Eine satzungsmäßige Erleichterung der in §. 254 Abs. 1 genannten Voraussetzungen ist auch in anderen Beziehungen als hinsichtlich des Betrages der erforderlichen Anteilrechte für zulässig zu erachten (dagegen Staub Art. 237 §. 3); denn das Recht, die Berufung zu verlangen, ist das mindere gegenüber dem Recht, selbst zu berufen, und letzteres kann nach §. 253 Abs. 1 durch die Satzung an beliebig leichte Bedingungen geknüpft werden. — Ebensowenig wie durch eine Satzungsbestimmung kann durch einen einfachen Generalversammlungsbeschluß das Minderheitsrecht entzogen werden; z. B. nicht durch einen Beschluß, durch welchen der in der Generalversamm-

lung gestellte Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung abgelehnt wird (H.A.G. Nürnberg v. 1. Oktober 1869 Z.f.H. Bd. 22 S. 385).

II. **Antrag.**

a. **Inhalt** des Antrages kann entweder die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1) oder die Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung einer Generalversammlung (Abs. 2) sein. Die Ankündigung von Gegenständen nur zur Verhandlung (ohne Beschlußfassung) kann ohne gleichzeitigen Antrag auf Berufung einer Generalversammlung nicht gefordert werden; für diesen Fall braucht der Aktionär nicht die Gesellschaftsbehörden oder das Gericht anzugehen, sondern kann sich selbst helfen, da er auch ohne vorherige Ankündigung die Verhandlung herbeizuführen in der Lage ist (§. 256 Abs. 3), und eine von ihm etwa gewünschte vorherige Bekanntmachung durch ihn ohne Ermächtigung erfolgen kann.

b. **Form** des Antrages. Erforderlich ist:

1. Schriftlichkeit (B.G. §. 126 Abs. 1, 3).
2. Angabe des Zwecks (vgl. §. 256 Anm. I); dieser Zweck ist demnächst bei der Berufung bekanntzumachen (§. 256 Abs. 1). Geht der Antrag nur auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung, so liegt schon hierin die Angabe des Zwecks; diese Angabe braucht daher nicht noch besonders wiederholt zu werden.
3. Angabe der Gründe.

c. **Sachliche** Voraussetzung. Das Recht, die Berufung zu verlangen, ist (trotz Nennung des Aufsichtsrats in Abs. 3; unten Anm. III) nicht daran geknüpft, daß das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert. Vielmehr genügt an sich das bloße Wollen der Minderheit. Doch ist die Grenze zu ziehen, daß Vorstand, Aufsichtsrat und Gericht ihre Mitwirkung abzulehnen haben, wenn die Berufung oder die Ankündigung (Zweckangabe) eine unerlaubte Handlung enthält, z. B. die Berufung oder Zweckangabe eine schikanöse (B.G. §. 826) oder die Zweckangabe eine beleidigende oder kreditschädigende (B.G. §. 824) ist, oder der verfolgte Zweck einen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung (§. 271 Anm. III) enthalten würde, und selbst darüber hinaus, wenn in dem Vorgehen der Minderheit eine Verfolgung von Sonderinteressen zum Schaden der Gesellschaft liegt (M. 166). Die Denkschr. 144 bemerkt: „Insbesondere soll, wie bisher, das Gericht über die sachliche Berechtigung des Verlangens nach Berufung der Generalversammlung unter Würdigung der Verhältnisse entscheiden. Das Gericht darf nicht in die Lage kommen, seine Mitwirkung auch zur Erreichung offenbar mißbräuchlicher oder rechtlich unzulässiger Zwecke leihen zu müssen". Ähnlich K.B. 82. Dagegen allerdings Komm. Prot. zu B.G. §. 37 (bei Haidlen, B.G.). Was hier vom Gericht gesagt, muß aber trotz der vom Abs. 3 abweichenden Fassung des Abs. 1 Satz 1 §. 254 auch von Vorstand und Aufsichtsrat gelten (ebenso Staub Art. 237 §. 6, Esser Anm. 2). — Anträge gemäß §. 254 können auch in Fällen gestellt werden, in denen gleichzeitig der Vorstand auch durch Ordnungsstrafe (§. 319 Abs. 1) zur Berufung der Generalversammlung (z. B. §. 260 Abs. 2) oder zur Ankündigung eines Gegenstandes der Tagesordnung (§. 267 Abs. 2) anzuhalten ist.

III. **Entschließungen von Vorstand und Aufsichtsrat.** Bevor das Gericht angegangen werden kann, muß der Antrag sowohl bei dem Vorstand wie auch bei dem Aufsichtsrat vergeblich gestellt worden sein (§. 254 Abs. 3, Denkschr. 145). Hierdurch wird mittelbar dem Aufsichtsrat die Ermächtigung beigelegt, auf Antrag der in §. 254 Abs. 1 bezeichneten Minderheit die Generalversammlung zu berufen oder Gegenstände zur Beschlußfassung anzukündigen auch in Fällen, in denen ohne jenen Antrag er nicht hierzu befugt wäre (vgl. §. 246 Anm. III a 2 β). Die Minderheit ist ähnlich einer Gesellschaftsbehörde; in Fragen innerer Verwaltung hat sie daher mit einzelnen anderen Behörden, nicht mit der „Gesellschaft" zu verhandeln (vgl. §. 247 Anm. IV); daraus folgt, daß es

nötigenfalls gesonderter Anträge an Vorstand und Aufsichtsrat bedarf, nicht ein Antrag an „die Gesellschaft" zu richten ist (ebenso Ring Art. 237 Anm. 2; dagegen Staub Art. 237 §. 5, Esser Anm. 5). Daß notwendig der Vorstand vor dem Aufsichtsrat angegangen werden müsse (so Pinner Anm. II 3), ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Entscheidung muß in der nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange zu erwartenden Frist erfolgen.

IV. **Anordnung des Gerichts.**

a. **Voraussetzung** ist vorherige vergebliche Angehung von Vorstand und Aufsichtsrat (oben Anm. III) und Stellung eines in der Form und in der Sache genügenden (oben Anm. II) Antrages an das Gericht seitens einer genügenden (oben Anm. I) Zahl von Anteilberechtigten. „Kann" vgl. §. 140 Anm. II b, §. 254 Anm. II c, K.B. 81.

b. **Verfahren.** Maßgebend sind §§. 145, 146 G.fr.Ger.* (abgedruckt vor H.G.B. §. 105). Zuständig ist ausschließlich das Gericht (§. 8 Anm. I) des Sitzes (§. 182 Anm. IV b 2).

c. **Inhalt der Anordnung.** Die Anordnung kann entweder auf Ermächtigung zur Berufung oder auf Ermächtigung zur Ankündigung eines Gegenstandes zur Beschlußfassung lauten. In der ersteren liegt zugleich die Ermächtigung zur Ankündigung des im Antrag angegebenen Zwecks (oben Anm. II b 2). Aus B.G. §. 37 übernommen ist die Vorschrift, daß das Gericht zugleich über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen könne (Denkschr. 145). Daß ein besonderer hierauf gerichteter Antrag gestellt werde, ist nicht erfordert. Trifft das Gericht keine Anordnung über den Vorsitz, so bewendet es in dieser Beziehung bei den gewöhnlichen Bestimmungen (§. 250 Anm. V a 5). In der Ermächtigung kann eine Frist festgesetzt werden, binnen welcher von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf (Esser Anm. 4). Die Ermächtigung wird denjenigen Aktionären erteilt, welche den Antrag an das Gericht gestellt haben (Rudorff).

d. **Bezugnahme auf Ermächtigung** „muß" bei Berufung oder Ankündigung erfolgen. Aus dieser strengen Fassung ist wohl zu schließen, daß eine ohne diese Bezugnahme erfolgende Berufung oder Ankündigung überhaupt nicht als Berufung oder Ankündigung gilt (vgl. §. 253 Anm. III, §. 273 Anm. II b 2; dagegen Rudorff, welcher als Folge der Versäumung nur Anfechtung gemäß §§. 271 ff. zuläßt). Im übrigen sind für die Berufung die für die betreffende Gesellschaft geltenden Vorschriften zu befolgen (Pinner Anm. III 3).

V. **Entstandene Kosten.** Hierzu gehören die durch die Berufung und Abhaltung der Versammlung (oder Ankündigung) entstandenen Kosten, einschließlich der Kosten des etwaigen gerichtlichen Verfahrens (Denkschr. 145). Beschließt die Generalversammlung nicht, daß die Gesellschaft die Kosten tragen solle, so wird hierdurch doch nicht ausgeschlossen ein etwa nach allgemeinen Grundsätzen zulässiger Rückgriff gegen Personen, deren Verhalten die Berufung nötig gemacht hat, oder auch gegen die Gesellschaft, wenn sie für das Verhalten jener Personen verantwortlich ist, möglicherweise auch nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag (dagegen Rudorff, Pinner Anm. IV).

§. 255.

Form und Frist der Berufung. Aktienhinterlegung. Anmeldung zur Teilnahme.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versamm-

lung zu erfolgen. Der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung sind hierbei nicht mitzurechnen.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig gemacht, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden, so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen frei bleiben. In diesem Falle genügt auch die Hinterlegung bei einem Notar.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen, so müssen die Anmeldungen zur Theilnahme an der Generalversammlung zugelassen werden, wenn sie nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung erfolgen.

A.D.H. Art. 238 Abs. 1. **Entw. I** §. 235 Abs. 1. **Entw. II** §. 250 Abs. 1.

§. 255.

I. **Form der Berufung.**

a. **Allgemeines.** Was in §. 255 Abs. 1 als „Weise der Berufung" bezeichnet wird, ist gleichbedeutend mit „Form der Berufung" in §. 182 Abs. 2 Ziff. 5 (vgl. entsprechend §. 182 Anm. IV b 7). Über die Berufungsform muß die Satzung notwendig Bestimmungen enthalten. Über den Fall des Mangelns oder der Nichtigkeit der diesbezüglichen Bestimmungen vgl. §§. 309 ff.

b. **Mittel der Benachrichtigung.** Die Berufung braucht nicht notwendig durch öffentliche Blätter zu erfolgen (§. 182 Anm. IV b 6); ist aber Bekanntmachung durch öffentliche Blätter vorgeschrieben, so findet §. 182 Abs. 2 Ziff. 6, Abs. 3 Anwendung. Statt einer Berufung durch öffentliche Blätter kann die Satzung z. B. Benachrichtigung der Inhaber von Namenaktien durch besondere Briefe vorschreiben. Über das Recht jedes Aktionärs, eine solche Benachrichtigung zu fordern, vgl. §. 257.

c. **Bestandteile.** Notwendige Bestandteile der Berufung sind die Angabe, daß eine Generalversammlung der betreffenden Gesellschaft stattfinde, die Angabe von Zeit (unten Anm. II) und Ort (§. 250 Anm. V a 4) und die Unterschrift der berufenden Behörde oder Person. Ferner ist (als Ordnungsvorschrift) die Angabe des Zwecks erfordert (§. 256). Über die Notwendigkeit, im Fall gerichtlicher Ermächtigung zur Berufung Bezug auf diese Ermächtigung zu nehmen, vgl. §. 254 Anm. IV d.

d. **Folge eines Verstoßes** bei der einzelnen Berufung. Für geringere Verstöße vgl. §. 271 Anm. V a 3 β; für Verstöße, infolge deren Erheblichkeit die berufene Versammlung keine Generalversammlung ist, vgl. §. 273 Anm. II b 2.

e. **Widerruf.** Ein Widerruf ist zulässig (Esser §. 253 Anm. 5; vgl. Johow III, 20), muß aber, um wirksam zu sein, in derselben Form wie die Berufung erfolgen (dagegen L.G. I Berlin bei Johow III, 19).

II. **Frist der Berufung.** Die Berufung muß mindestens zwei Wochen vor dem Versammlungstage erfolgen. Hierbei ist (übereinstimmend mit B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2; K.B. 83) sowohl der Tag der Berufung wie der Tag der Generalversammlung nicht mitzurechnen. Ist Bekanntmachung in öffentlichen Blättern vorgeschrieben, so gilt dieselbe als erfolgt im Laufe (oder mit dem Ablauf) des Tages, an welchem das letzte der die (vorgeschriebene, Pinner Anm. II 1) Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist (M. 232, O.L.G. Dresden in Beilage VI zum Reichsanzeiger v. 27. Febr. 1886; vgl. den entsprechenden §. 10 Abs. 2). Unerheblich ist, ob das rechtzeitig erschienene Blatt vordatiert ist (Johow II, 23). Ist in der Satzung Hinterlegung vorgeschrieben (unten Anm. III), so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen freibleiben (§. 255 Abs. 2), d. h. die Berufungsfrist ist in diesem Falle

der längere von folgenden beiden Zeiträumen: erstens der (mindestens zweiwöchentlichen) Frist des §. 255 Abs. 1, und zweitens der (mindestens zweiwöchentlichen) Frist des §. 255 Abs. 2 zuzüglich der etwa vorgeschriebenen Zeit zwischen dem Schluß der Hinterlegungsfrist und dem Tage der Generalversammlung.

III. **Abhängigmachung der Ausübung des Stimmrechts von vorheriger Hinterlegung der Aktien.** Das Gesetz enthält keine derartige Beschränkung. Doch kann die Satzung sie vorschreiben, und dies geschieht bei größeren Gesellschaften in der Regel (K.B. 83). Selbst wenn die Satzung eine solche Beschränkung enthält, gilt diese doch nicht solange thatsächlich keine Mitgliedscheine (vgl. §. 179 Anm. IVa) ausgegeben sind (R.G. XXXIV, 116, R.G. in Strss. XXXI, 403; vgl. Johow XIV, 32). Bei Vorhandensein von Mitgliedscheinen auf Namen ist zwar das Vorschreiben einer Hinterlegung nicht unzulässig; die Hinterlegung kann aber nicht die Eintragung in das Aktienbuch ersetzen (§. 223 Anm. IVc). Eine Hinterlegung zu anderen Zwecken (z. B. behufs Pfandbestellung) ersetzt an sich nicht die Hinterlegung behufs Stimmrechtsausübung (L.G. Frankfurt v. 30. Okt. 1893 Z.f.H. Bd. 47 S. 114); doch genügt in diesem Fall die hinzukommende Erklärung, daß die bereits erfolgte Hinterlegung nunmehr auch dem Zweck der Stimmrechtsausübung dienen solle. — Ist in der Satzung nicht vorgeschrieben, wo zu hinterlegen ist, so genügt Hinterlegung bei der Gesellschaft oder (vgl. jedoch E.G. z. B.G. Art. 144) bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle. Nicht genügend ist (was anscheinend Könige Anm. 234 annimmt) die Hinterlegung bei der Reichsbank oder einer sonstigen beliebigen Person, wenn die Satzung keine dahingehende Bestimmung enthält. Außerdem ist — unabänderbar durch Satzung — die Hinterlegung bei einem Notar für genügend erklärt (§. 255 Abs. 2 Satz 2). Gemeint ist wohl nur ein deutscher Notar (Pinner Anm. II 2, Esser Anm. 1). — Im Zweifel brauchen Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine nicht mit hinterlegt zu werden (vgl. K.B. 82). — Ist Hinterlegung vorgeschrieben, so gelten Besonderheiten bei Berechnung der Berufungsfrist (oben Anm. II) und der Ankündigungsfrist (§. 256 Abs. 2 Satz 2). — Schreibt die Satzung vor, daß das „Stimmrecht“ nur „ausgeübt“ werden kann, wenn hinterlegt ist, so ist hierdurch noch nicht die Teilnahme an der Generalversammlung ohne Stimmrecht ausgeschlossen (R.G. v. 9. Januar 1897 J.W. 112; vgl. §. 252 Anm. Va); daß §. 255 Abs. 3 beides als gleichbedeutend voraussetzt, beruht auf einem Versehen in der Fassung, welches nicht zu beachten ist (Pinner §. 252 Anm. II 2). Zulässig ist aber auch die Abhängigmachung der Teilnahme an der Generalversammlung von vorheriger Hinterlegung (K.B. 84); dies ist in §. 255 Abs. 3 vorausgesetzt. — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Ausstellung oder der Verfälschung von Bescheinigungen über Hinterlegung von Mitgliedscheinen vgl. §. 316.

IV. **Anmeldung zur Teilnahme an der Generalversammlung.** Der von der Reichstagskommission (K.B. 84) hinzugefügte §. 255 Abs. 3 wird allgemein dahin verstanden, daß hierin die Vorschrift liege, es müsse in jedem Fall eine Anmeldung zur Teilnahme an der Generalversammlung spätestens am dritten Tage vor der Versammlung erfolgen (Staub, Suppl. zu Art. 238, Pinner Anm. III 3, Esser Anm. 1). Die Folgen der Nichtanmeldung werden verschieden angegeben. Folgerichtig wäre nur die Ansicht, daß im Falle nicht rechtzeitiger Anmeldung eine Teilnahme unzulässig ist („müssen“). Nach Pinner §. 252 Anm. II 2, §. 255 Anm. III 3 ist im Falle nicht rechtzeitiger Anmeldung zwar die Teilnahme gestattet, aber die Ausübung des Stimmrechts braucht seitens der Generalversammlung nicht geduldet zu werden. Der obigen Auslegung ist indessen nicht beizutreten; und jedenfalls nicht der von Pinner vertretenen besonderen Ansicht, da nach ihr der (wie zu berechnenden?) Mehrheit überlassen bliebe, willkürlich einen verspätet Angemeldeten zuzulassen, den anderen nicht. Die Bestimmung des Abs. 3 wurde in der Kommission vom Antragsteller wie folgt begründet: „Manche A.Gen.

erschweren die Teilnahme an der Generalversammlung dadurch, daß sie eine längere Frist vor derselben für die Anmeldung fordern; . . . die Gefahr, daß wenn die Erleichterung der Anteilnahme an der Generalversammlung in der beantragten Weise angenommen werde, ohne daß das Statut andere Bestimmungen treffen könne, ... unreellen Treibereien Vorschub geleistet werde, sei nicht zuzugeben." Beabsichtigt war mithin nur eine „Erleichterung" der Teilnahme und das Ausschließen „anderer" (d. h. erschwerender) Satzungsbestimmungen. Hiermit ist die Fassung des Abs. 3 gut verträglich. Denn Abs. 3 enthält nur die Vorschrift, daß unter bestimmter Voraussetzung Anmeldungen zugelassen werden müssen (d. h. daß dies zwingendes, nicht durch Satzung erschwerbares Recht ist); dagegen ist nicht zum Ausdruck gekommen, daß wenn jene Voraussetzung nicht vorliege, die Anmeldung nicht zuzulassen sei. Die letztere Schlußfolgerung ist allerdings durch die Fassung nahe gelegt; da sie aber im Gesetz selbst nicht gezogen ist, und da sie im Widerspruch zu dem mit dem Antrag verfolgten Zweck stehen würde, so wird man sie nicht ziehen dürfen. Für die hier vertretene Auslegung spricht auch, daß der Abs. 3 nur für den Fall eine Vorschrift geben will, daß „im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen" ist. Im Fall des Abs. 2 kann zweifellos bestimmt werden, daß die Hinterlegung der Aktien bis eine Minute vor Beginn der Generalversammlung stattfinden muß. Es wäre kein sachlicher Grund denkbar, warum, wenn im Einzelfall Hinterlegung nicht vorgeschrieben ist, eine Anmeldung früher stattfinden müßte. Hiernach ist anzunehmen, daß — wie bisher — auch künftig mangels einer Vorschrift, wonach hinterlegt werden muß, eine vorherige Anmeldung nicht erforderlich ist, weder zur Teilnahme ohne Stimmrecht, noch zur Ausübung des Stimmrechts, daß aber die Satzung eine solche Anmeldung vorschreiben kann insoweit sie dieselbe nicht weiter als auf den dritten Tag vor der Versammlung zurückverlegt.

Soweit Anmeldung erforderlich, braucht innerhalb der bestimmten Frist nur angemeldet zu werden die Person des Aktionärs und die Zahl der Anteilrechte, für welche die Zulassung zur Teilnahme begehrt wird, bei Vorhandensein verschieden hoher Grundkapitalanteile oder verschiedener Aktiengattungen auch der Betrag der Grundkapitalanteile, bezw. die Gattung der Anteile. Ob der Aktionär persönlich erscheinen, oder durch wen er sich verteten lassen will, bleibt hierbei offen und braucht nicht vorher angemeldet zu werden (K.B. 83).

Über Teilnahme nicht auf Grund eines Anteilrechts vgl. §. 250 Anm. Va 8.

§. 256. **Tagesordnung. Anträge.**

Der Zweck der Generalversammlung soll bei der Berufung bekannt gemacht werden. Jedem Aktionär ist auf Verlangen eine Abschrift der Anträge zu ertheilen.

Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht ordnungsmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; ist für die Beschlußfassung nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder des Gesellschaftsvertrags die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreichend, so muß die Ankündigung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablaufe die Hinterlegung zu geschehen hat.

Zur Beschlußfassung über den in der Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung sowie zur Stellung

von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

A.D.H. Art. 238 Abs. 2, 3. **Entw. I** §. 235 Abs. 2. **Entw. II** §. 250 Abs. 2–4.

§. 256.

I. **Zweck** der Generalversammlung. Diese Bezeichnung (§§. 254 Abs. 1, 256 Abs. 1, 275 Abs. 3) ist gleichbedeutend gebraucht (vgl. §. 274 Abs. 2) mit „Gegenstände der Verhandlung" (§. 256 Abs. 2, §. 257), also allgemein im Sinne von Tagesordnung. Hieraus folgt, daß §. 256 Abs. 1 auch anwendbar ist, wenn nur eine Verhandlung, keine Beschlußfassung beabsichtigt ist (z. B. unter Umständen im Fall des §. 240 Abs. 1; §. 240 Anm. II b 2); die Folge der Ankündigung ist allerdings dann auch in diesen Fällen, daß eine Beschlußfassung zulässig wird, es sei denn, daß in der Ankündigung ausdrücklich bemerkt ist, eine Beschlußfassung solle über jenen Gegenstand nicht erfolgen. Der Ausdruck „Gegenstand der Beschlußfassung" in §§. 271 Abs. 3 bezeichnet einen engeren Begriff; er zielt auf eine stattgehabte Beschlußfassung, und da §. 271 überhaupt nur die Anfechtung von Beschlüssen betrifft, so brauchten Verhandlungen ohne Beschlußfassung dort nicht einbezogen zu werden. Ebenso ist die Vorschrift des §. 254 Abs. 2 wohl absichtlich auf das Ankündigen von Gegenständen zur (bevorstehenden) „Beschlußfassung" beschränkt (§. 254 Anm. II a). Dagegen steht in §. 267 Abs. 2 „Gegenstand der Beschlußfassung" in dem allgemeineren Sinne von „Gegenstand der Verhandlung". — Über die Art, in welcher der Zweck in der Bekanntmachung anzugeben ist, vgl. unten Anm. II d.

II. **Bekanntmachung** (= „Ankündigung").

a. **Notwendigkeit.** Aus §. 256 Abs. 1 Satz 1 ist erstens die Ordnungsvorschrift zu entnehmen, daß überhaupt bekannt gemacht werden soll, und zweitens die Ordnungsvorschrift, daß diese Bekanntmachung bereits bei der Berufung (unten Anm. II c) bewirkt werden soll. Ausnahmen von der ersteren Vorschrift enthält §. 256 Abs. 3, eine Beschränkung der zweiten Vorschrift enthält §. 256 Abs. 2. — Ist ein Revisionsbericht erstattet, so ist der Vorstand verpflichtet, ihn als Verhandlungsgegenstand der nächsten Generalversammlung anzukündigen (§. 267 Abs. 2).

b. **Form.** Die Form ist die für alle Bekanntmachungen der Gesellschaft geltende (§. 182 Anm. IV b 7); ob daneben auch die etwaigen besonderen Formen der Berufung beobachtet sind, ist für die Giltigkeit der Ankündigung des Zwecks unerheblich. So auch, wenn die Ankündigung bei der Berufung erfolgt ist. Für die bei der Berufung erfolgende Bekanntmachung des Zwecks wird aber trotz des Wortlauts des Gesetzes nach seinem Sinn wohl anzunehmen sein, daß wenn die vorgeschriebenen Formen der „Berufung" andere sind als die vorgeschriebenen Formen der „Bekanntmachung", auch die Beobachtung der ersteren Formen genügt. — Über das Recht jedes Aktionärs, besondere Mitteilung zu verlangen, bestimmt §. 257.

c. **Frist.** Als Regel giebt §. 256 Abs. 1 die Ordnungsvorschrift, daß bereits bei (§. 39 Anm. II a) der Berufung der Zweck anzukündigen ist. Damit wird die Frist der Berufung (§. 255 Anm. II) auch für die Ankündigung des Zwecks maßgebend. Dies kann erheblich namentlich für die Frage sein, ob die Gesellschaftsbehörden durch verspätete Ankündigung ihre Obliegenheiten verletzen (§§. 241 Abs. 2, 249 Abs. 2). Für die wesentlichste Frage, die über Zulässigkeit einer Beschlußfassung, wird aber die Regel des §. 256 Abs. 1 in vollem Umfange gegenstandslos durch die Beschränkung des §. 256 Abs. 2: für diese Frage ist die Nichtbeobachtung der Ordnungsvorschrift des Abs. 1 völlig einflußlos, wenn nur die Vorschriften des Abs. 2 beobachtet sind. Der Abs. 2 bestimmt im einzelnen:

1. Ein Beschluß (§. 251 Anm. III, IV), für den einfache Stimmenmehrheit (§. 251 Abs. 1) genügt, erfordert Bekanntmachung mindestens eine Woche vor dem

Tage der Generalversammlung bezw. (dies ist neu; Denkschr. 145) des Ablaufs der etwaigen Hinterlegungsfrist (§. 255 Anm. III). Sowohl der Tag der Generalversammlung wie derjenige der Bekanntmachung sind nicht mitzurechnen (§. 255 Anm. II; dagegen bezüglich des letzteren Esser Anm. 2). Daß die Ankündigung auch mindestens eine Woche vor Ablauf der etwaigen Anmeldungsfrist (§. 255 Anm. IV) erfolge, ist nicht vorgeschrieben.

2. Bei einem Beschluß, für den einfache Stimmenmehrheit nicht genügt, beträgt die vorgeschriebene Frist (oben zu 1) zwei Wochen (dies ist neu; Denkschr. 145).

d. **Inhalt.** Die Bekanntmachung hat anzugeben den „Zweck der Generalversammlung", d. h. die einzelnen Gegenstände, über welche verhandelt werden soll (oben Anm. I). Diese Bezeichnung braucht nur in allgemeinen Ausdrücken zu erfolgen (R.G. XVII, 172, O.L.G. Dresden v. 30. April 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 248) und insbesondere nicht den Inhalt der gestellten Anträge anzugeben (O.L.G. Köln vom 31. Oktob. 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 553, O.L.G. Hamburg v. 8. Juli 1890 Holdheim Ztschr. 1892 S. 27), muß aber doch so gefaßt sein, daß sie geeignet ist, dem Aktionär die Entschließung, ob er an der Generalversammlung teilnehmen will, und die Vorbereitung auf den Gegenstand der Verhandlung zu ermöglichen (O.L.G. Dresden v. 20. Okt. 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 248, O.L.G. Köln v. 31. Oktob. 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 553). Beispiele vgl. in R.G. VIII, 13, XVII, 173. Eine Bezugnahme auf Paragraphen der Satzung ohne kurze Angabe ihres Inhalts genügt in der Regel nicht (Esser Anm. 3). — Sondervorschriften enthalten §. 274 Abs. 2 für den Fall einer beabsichtigten Satzungsänderung, §§. 275 Abs. 3, 278 Abs. 2, 288 Abs. 3 für die Fälle notwendiger Sonderabstimmung der Aktionäre einzelner Aktiengattungen.

III. **Ohne vorherige Bekanntmachung zulässig sind:**

a. **Beschluß über Antrag auf Berufung einer** (außerordentlichen) **Generalversammlung,** wenn dieser Antrag in der Generalversammlung gestellt ist. Ob derselbe Antrag außerdem auch vor der Generalversammlung bereits gestellt worden, ist unerheblich.

b. **Stellung von Anträgen.** Damit über die gestellten Anträge Beschluß gefaßt werden kann, ist — abgesehen von dem Fall eines Antrages auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung (oben Anm. III a) oder eines sonstigen auf die Geschäftsordnung bezüglichen Antrages (unten Anm. III d) — erforderlich, daß der Gegenstand, auf welchen der Antrag sich bezieht, rechtzeitig bekannt gemacht ist. — Zulässig ist es, Anträge schon vor der Generalversammlung zu stellen (vgl. §. 256 Abs. 1 Satz 2).

c. **Verhandlungen ohne Beschlußfassung.** Hierdurch soll namentlich den Gesellschaftsbehörden unmöglich gemacht werden, durch Unterlassen der Bekanntmachung des Gegenstandes auch das Vorbringen von Beschwerden und die Erörterung derselben zu verhindern (P. 1068). — Über die Frage, ob die Stellung eines Minderheitsverlangens auf Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen nur nach vorheriger Ankündigung zulässig ist, vgl. §. 268 Anm. III b.

d. **Beschlüsse über die Handhabung der Geschäftsordnung** (R.G. XXXVI, 26), einschließlich der Abstimmungsordnung, und einschließlich einer Vertagung (vgl. §. 264). Wollte man dies nicht zugestehen, so wäre es nicht möglich, die üblichen Regeln der Geschäftsordnung in Versammlungen auch auf die Generalversammlung der A.G. anzuwenden (vgl. §. 250 Anm. Va 6, 7).

IV. **Folgen eines Verstoßes.** Ist ein Beschluß gefaßt, nachdem zwar eine Ankündigung erfolgt war, aber ohne Einhaltung der Frist für die Ankündigung oder aus anderen Gründen nicht ordnungsmäßig, so ist Anfechtung gemäß §§. 271 ff. binnen eines Monats zulässig, und zwar auch seitens eines nicht erschienenen Aktionärs (§. 271 Abs. 3); nach

fruchtlosem Ablauf der einmonatlichen Frist ist jedoch dieser Verstoß geheilt und kann (außer — was aus anderen Gründen kaum vorkommen kann — gemäß §. 273 Anm. II b 1) nicht mehr geltend gemacht werden (§. 273 Anm. II a); das „können nicht" in Abs. 2 ist daher nicht im Sinne unbedingter Nichtigkeit zu verstehen. Dasselbe wird aber auch für den Fall anzunehmen sein, daß ein Beschluß gefaßt ist, ohne daß überhaupt die vorgeschriebene Ankündigung erfolgt ist (ebenso Pinner Anm. III, Esser Anm. 6); denn immerhin liegt auch in diesem Fall ein „Beschluß einer Generalversammlung" (§. 271 Anm. II) vor, und man kann von dem einzelnen Aktionär verlangen, daß er — wenn nur die Berufung ohne erheblichen Verstoß erfolgt ist (§. 271 Anm. V a 3 β) — soviel Sorgfalt aufwende, entweder an der Generalversammlung teilzunehmen oder sich nachträglich nach den gefaßten Beschlüssen zu erkundigen, zumal auch §. 257 Satz 2 ihm das Recht giebt, Mitteilung über die gefaßten Beschlüsse zu verlangen.

V. **Recht des Aktionärs auf Abschrift der Anträge.** Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. §. 252 Anm. II. Das Recht, eine Abschrift der Anträge zu verlangen, ist — abweichend von den Rechten aus §. 257 — nicht durch Hinterlegung einer Aktie bedingt. Es bezieht sich — trotz der Aufnahme der Vorschrift in den Absatz 1 — nicht nur auf die bereits bei der Berufung vorliegenden, sondern auch auf später gestellte Anträge. Das Verlangen ist an die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) zu richten; es kann wohl nicht mehr nach der betreffenden Generalversammlung gestellt werden (vgl. §. 263 Anm. II b); auch nicht bereits vor Berufung (Esser Anm. 1). Das Verlangen kann — abweichend von dem Fall des §. 257 — stets nur bezüglich einzelner Generalversammlungen, nicht allgemein für alle künftigen Generalversammlungen gestellt werden. Das Recht darf nicht dadurch vereitelt werden, daß die Gesellschaft eine unangemessen lange Zeit für das Fertigen einer Abschrift in Anspruch nimmt. Sind überflüssige Druckexemplare vorhanden, so muß, wenn die Zeit drängt, ein solches dem Aktionär überlassen werden. Die Kosten der Abschrift trägt die Gesellschaft (vgl. §. 263 Anm. II c). Da die Erteilung der verlangten Abschrift durch die Stellung der Vorschrift in §. 256 als zur ordnungsmäßigen Ankündigung gehörig gekennzeichnet ist, so wird man anzunehmen haben, daß bei einem Verstoß gegen dieselbe die gleichen Folgen wie bei einem sonstigen Verstoß gegen die Vorschriften über Ankündigung (oben Anm. IV) eintreten (ebenso Pinner Anm. I 4, Rudorff). — Über das Verlangen auf Erteilung einer Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsrats und des Geschäftsberichts bestimmt §. 263 Abs. 2, 3.

§. 257.

Besondere Mitteilung durch eingeschriebenen Brief.

Jeder Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt, kann verlangen, daß ihm die Berufung der Generalversammlung und die Gegenstände der Verhandlung, sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt, durch eingeschriebenen Brief besonders mitgetheilt werden. Die gleiche Mittheilung kann er über die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse verlangen.

A.D.H. — **Entw. I —** **Entw. II —**

§. 257.

I. **Mitteilungsberechtigter.**

a. **Aktionär.** Vgl. §. 211 Anm. I a. Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. §. 252 Anm. II.

b. **Der eine Aktie hinterlegt.** Auch die Hinterlegung eines Interimsscheins genügt. Sind keine Mitgliedscheine ausgegeben, so ist das Recht nicht durch Hinterlegung

bedingt (vgl. §. 255 Anm. III). Die Satzung kann die Voraussetzungen nicht erschweren aber mildern, daher z. B. bestimmen, daß der Nachweis der Eigenschaft als Aktionär ohne Hinterlegung einer Aktie zu dem Verlangen berechtigt. — Mehr als eine Aktie braucht die Gesellschaft nicht zur Hinterlegung anzunehmen (Esser Anm. 2).

c. **Bei der Gesellschaft.** Für die Ausübung des Rechts aus §. 257 genügt — abweichend von §. 255 Abs. 2 — nicht die Hinterlegung bei anderen Stellen. Doch wird die Satzung auch dies zulassen können, da hierin eine Erleichterung des dem Aktionär gewährten Rechtes liegt.

II. **Verlangen.** Das Verlangen ist an die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) zu richten; es kann allgemein bezüglich aller künftigen Generalversammlungen oder auch mit Beschränkung auf einzelne bevorstehende oder verflossene Generalversammlungen gestellt werden.

III. **Mitteilung.**

a. **Form** der Mitteilung ist der eingeschriebene Brief. Eine andere Form der Benachrichtigung genügt nicht (K.B. 86); die Satzung kann die Formvorschrift nicht mildern, wohl aber erschweren.

b. **Inhalt** der Mitteilung. Über das Recht auf Abschrift der Anträge vgl. §. 256 Anm. V.

1. Berufung der Generalversammlung (§. 255 Anm. Ic) und die Gegenstände der Verhandlung (§. 256 Anm. I, IId), sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt. Durch den letzteren Zusatz ist die Anwendbarkeit des §. 257 auf den Fall eingeschränkt, daß überhaupt eine „öffentliche Bekanntmachung" zu erfolgen hat. „Öffentliche" Bekanntmachung ist nicht nur eine durch Einrückung in öffentliche Blätter (§. 182 Abs. 3) erfolgende, sondern z. B. auch eine durch Aushang an öffentlichem Orte bewirkte (vgl. C.P.O. §. 948). Die Worte „sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt" scheinen sich auch auf die Berufung beziehen zu sollen, und dies sollte wohl dadurch angedeutet werden, daß die Redaktionskommission der Reichstagskommission den §. 257 in zwei Sätze zerlegte, während nach dem ursprünglichen Kommissionsbeschluß der jetzige Satz 2 hinter „erfolgt" mit den Worten „sowie die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse" in den Satz 1 eingeschlossen war. Daß „mitgeteilt" werden müsse, sobald die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, ist wohl dahin zu verstehen, daß es genügt, wenn spätestens am Tage der letzten vorgeschriebenen Bekanntmachung (§. 255 Anm. II) die Mitteilung abgesendet wird. Die „Mitteilung durch eingeschriebenen Brief" entspricht der „Zustellung durch Aufgabe zur Post" (C.P.O. §. 175) überhaupt darin, daß unerheblich ist, wann der Aktionär die Mitteilung empfängt. Wollte man annehmen, daß der Aktionär verlangen könne, daß ihm die Mitteilung noch rechtzeitig vor der Generalversammlung zugeht, so würde unter Umständen eine ungemessene Erstreckung der Berufungsfristen notwendig werden.

2. Die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse. Der Antrag braucht nicht für jede einzelne Generalversammlung besonders gestellt zu werden; „Generalversammlung" ist hier im Sinne einer dauernden Behörde gebraucht.

c. **Kosten.** Die Kosten der besonderen Benachrichtigung fallen der Gesellschaft zur Last (ebenso Pinner Anm. I; vgl. unten §. 263 Anm. IIc).

IV. **Folgen eines Verstoßes.** Die Mitteilungen des §. 257 werden wohl als Bestandteil der Berufungs- oder Ankündigungsformen angesehen werden müssen (vgl. auch §. 256 Anm. V; ebenso Pinner Anm. II; für Anfechtungsrecht auch Rudorff; dagegen Esser Anm. 2). Anderenfalls würde man zu der unerwünschten Schlußfolgerung gelangen, daß zwar (da jedenfalls eine „Verletzung des Gesetzes" vorliegt) ein erschienener,

aber nicht der nicht erschienene Aktionär anfechten könnte (§. 271 Abs. 3 Satz 1). Mithin kommen je nachdem, ob im Einzelfall die Berufung oder die Ankündigung nicht mitgeteilt ist, die Vorschriften über einen Verstoß gegen die Formen der Berufung (§. 255 Anm. Id) oder die Vorschriften über einen Verstoß gegen die Formen der Ankündigung (§. 256 Anm. IV) zur Anwendung. Außerdem folgt aus der verschuldeten Unterlassung der Mitteilung die Verpflichtung der Gesellschaft zum Ersatz des dem Mitteilungsberechtigten entstandenen Schadens (B.G. §. 823).

Verzeichnis der Teilnehmer. §. 258.

In der Generalversammlung ist ein Verzeichniß der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären mit Angabe ihres Namens und Wohnorts sowie des Betrags der von Jedem vertretenen Aktien aufzustellen. Das Verzeichniß ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen; es ist von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** —

§. 258.

I. **Inhalt** des „Verzeichnisses der Teilnehmer" (so bezeichnet in §. 259 Abs. 3).

a. **Personen.** Zu verzeichnen sind alle diejenigen, welche auf Grund eines Anteilrechts (§. 179 Anm. II) erschienen sind, seien sie Aktionäre (§. 211 Anm. Ia, vgl. §. 252 Anm. II) oder Vertreter (gesetzliche oder durch Rechtsgeschäft bestellte) von solchen (vgl. §. 252 Anm. IV). Nicht nur — obwohl §. 258 Satz 2 Halbs. 1 hierauf hinweist — die zur Ausübung des Stimmrechts (§. 252, §. 255 Abs. 2), sondern auch die zur Teilnahme ohne Stimmrecht (vgl. §. 255 Anm. IV) Berechtigten. Nicht zu verzeichnen sind alle diejenigen, welche nicht auf Grund eines Anteilrechts teilnehmen (§. 250 Anm. Va 8). Ebensowenig diejenigen, welche zwar erschienen, aber nicht zur Teilnahme zugelassen sind. Das Verzeichnen hat zu erfolgen durch Angabe des „Namens" (d. h. Vor- und Familiennamens, §. 162 Anm. I) und „Wohnorts" (d. h. Wohnsitzes, §. 106 Anm. IIa).

b. **Betrag der von jedem vertretenen Grundkapitalanteile.** Hierbei ist unerheblich und braucht im Verzeichnis nicht unterschieden zu werden, in welcher Höhe das eigene und in welcher Höhe fremdes Recht vertreten wird. Ebensowenig, in welcher Höhe die vertretenen Grundkapitalanteile zu verschiedenen Aktiengattungen gehören. Auch die Angabe der von jedem Erschienenen vertretenen Stimmenzahl ist nicht notwendig (oben Anm. Ia; dagegen Esser Anm. 2).

II. **Auslegung zur Einsicht.** Die Auslegung hat am Ort der Generalversammlung zu erfolgen. Spätestens vor der ersten Abstimmung; auch wenn diese Abstimmung nur die Geschäftsordnung, z. B. die Wahl des Vorsitzenden, betrifft. Das Ausliegen hat, obgleich dies im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt ist, bis zum Schluß der Generalversammlung fortzudauern. Auch die nach der ersten Abstimmung Erscheinenden sind in das Verzeichnis aufzunehmen (Pinner Anm. I, Esser Anm. 1, Litthauer), wenn sie nur vor Schluß der Generalversammlung erscheinen. Daß die Auslegung stattfinde, braucht nicht besonders mitgeteilt zu werden. Auch braucht in das Protokoll kein diesbezüglicher Vermerk aufgenommen zu werden (§. 259 Abs. 2); doch ist das Verzeichnis dem Protokoll als Anlage beizufügen (§. 259 Abs. 3). Eine Vorlesung des Verzeichnisses ist nicht erforderlich (K.B. 85).

III. **Unterzeichnung.** Die Unterzeichnung braucht nicht gleichfalls bereits vor der ersten Abstimmung zu erfolgen, was unausführbar wäre, wenn die Generalversammlung sich ihren Vorsitzenden (§. 250 Anm. Va 5) erst wählt. Dies sollte wohl klargestellt werden.

indem die Redaktionskommission der Reichstagskommission die jetzige Fassung feststellte statt der ursprünglich angenommenen, welche lautete: „Das Verzeichnis ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen und von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen". Da das Verzeichnis dem Protokoll als Anlage beizufügen ist, so hat die Unterzeichnung spätestens vor Schluß des Protokolls zu erfolgen. Hat der Vorsitz gewechselt, so wird nicht die Unterzeichnung durch den letzten Vorsitzenden (vgl. K.B. 88) genügen, vielmehr Unterzeichnung der betreffenden Teile des Verzeichnisses durch die mehreren Vorsitzenden zu fordern sein.

IV. **Folge eines Verstoßes** gegen die Vorschriften des §. 258 ist, da hierin eine Verletzung des Gesetzes liegt, die Zulässigkeit der Anfechtung gefaßter Beschlüsse gemäß §§. 271 ff. (ebenso Pinner Anm. II).

§. 259. **Protokoll.**

Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.

In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars sowie die Art und das Ergebniß der Beschlußfassungen anzugeben.

Das nach §. 258 aufgestellte Verzeichniß der Theilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung sind dem Protokolle beizufügen. Die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung kann unterbleiben, wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden.

Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich.

Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.

A.D.H. Art. 238a. **Entw. I** §. 236. **Entw. II** §. 251.

§. 259.

I. **Voraussetzung der Notwendigkeit einer Beurkundung. („Jeder Beschluß.")** Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nicht vorgeschrieben für Verhandlungen ohne Beschlußfassung. Wird aber ein Beschluß (§. 251 Anm. III, IV) gefaßt, so ist nach Abs. 1 das Protokoll über die „Verhandlung" aufzunehmen. Unter „Verhandlung" ist hierbei nicht die Gesamtheit aller Verhandlungen auf der betreffenden Generalversammlung, vielmehr nur die zu dem einzelnen Gegenstand, den der Beschluß betrifft, geführte Verhandlung zu verstehen. Die Worte „über die Verhandlung" in Abs. 1 sind beschränkend ausgelegt durch Abs. 2, der bestimmt, daß als Bedingung der Giltigkeit des Protokolls nichts anderes aus dem Inhalt der Verhandlungen als nur die „Art und das Ergebnis der Beschlußfassungen" angegeben werden müsse (unten Anm. IIb 4).

II. **Beurkundung.**

a. **Gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.** Ausdrücklich wird hier vorgeschrieben, daß ein förmliches Protokoll aufzunehmen ist; eine bloße Bescheinigung über die gefaßten Beschlüsse genügt nicht. Für die Art, wie dies Protokoll aufzunehmen, sind in erster Reihe die Vorschriften des §. 259 H.G.B. anzuwenden. In zweiter Reihe kommt G.fr.Ger. §§. 167 Abs. 1, §§. 168 ff., in dritter Reihe Landes-

recht in Betracht; doch ist zu beachten, daß G.fr.Ger. (vgl. jedoch G.fr.Ger. §. 182) und in der Regel auch die Landesgesetze nur die Beurkundung des Inhalts von Rechtsgeschäften, nicht — wie hier — die Beurkundung von Vorgängen betreffen (Denkschr. 146, R.G. XXV, 198). Der Art. 141 E.G. z. B.G. ist nicht anwendbar, da die hier fragliche Anordnung der Beurkundung nicht im B.G., sondern im H.G.B. enthalten ist. Dagegen ist für das Verhältnis des G.fr.Ger. zu den Landesgesetzen G.fr.Ger. §. 200 zu beachten. — Nach früherem Recht war streitig, inwieweit die Lücken des A.D.H. über Aufnahme gerichtlicher Protokolle aus dem Landesrecht zu ergänzen seien. Bei Feststellung der Fassung des jetzigen §. 259 und in Denkschr. und K.B. wurde nur dies Verhältnis beachtet und das erst später verkündete G.fr.Ger. noch nicht berücksichtigt. Jene frühere Streitfrage ist weder im Gesetz noch in der Denkschrift grundsätzlich entschieden; nur einige Zweifel sollten durch die neue Fassung des H.G.B. erledigt werden (Denkschr. 145) und sind durch sie erledigt worden. Die Denkschrift a. a. O. scheint aber davon auszugehen, daß Landesrecht überhaupt nicht zur Ergänzung herangezogen werden könne, denn sie drückt sich dahin aus, daß man aus „landesgesetzlichen Vorschriften . . . die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in der fraglichen Beziehung ergänzen zu müssen glaubte.“ Die Reichstagskommission ging bezüglich einiger Einzelfragen von der gegenteiligen Voraussetzung aus, denn es wurde „als die Ansicht der Kommission festgestellt . ., daß der Notar kraft Notariatsordnung wohl allgemein verpflichtet sei, das Protokoll zu verlesen, auch jeden Protest und jede erhobene Einwendung in das Protokoll aufzunehmen“ (K.B. 87). Was in Denkschr. und K.B. von der Beziehung des H.G.B. zu den Landesgesetzen gesagt ist, würde nunmehr auch von der Beziehung des H.G.B. zum G.fr.Ger. zu gelten haben. Man wird sich wohl grundsätzlich für die Anschauung zu entscheiden haben, welche der Denkschrift zu Grunde liegt, daß nämlich §. 259 H.G.B. erschöpfende Vorschriften über den Inhalt und die Art der Aufnahme des Protokolls geben will (ebenso Pinner Anm. II). Soweit dennoch Lücken vorhanden sind, werden aber die Vorschriften des G.fr.Ger. und etwaige von diesem nicht berührte Vorschriften des Landesrechts entsprechend anzuwenden sein (abweichend Könige Anm. 239). Die allgemeinen Vorschriften des G.fr.Ger. (z. B. §§. 4, 5, 7, 10) sind wohl bei richterlichen Protokollen unmittelbar anwendbar (G.fr.Ger. §. 1). — Im einzelnen ist zu bemerken:

1. Blinde, Taube, Stumme. Zuziehung von Zeugen ist allgemein für nicht erforderlich erklärt (§. 259 Abs. 4 Satz 2). Auch nicht entsprechend anwendbar sind daher die diesbezüglichen Vorschriften des G.fr.Ger. §§. 169, 177 Abs. 2 oder landesgesetzliche Vorschriften über die Notwendigkeit einer Zuziehung von Zeugen bei Beteiligung (unten zu 7) von Blinden, Tauben, Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten. Auch die Zuziehung eines zweiten Notars oder Sprechdolmetschers ist für nicht erforderlich zu erachten (vgl. R.G. XXV, 201). Auf Ausschließung nicht verhandlungsfähiger Personen zu dringen, hat der Notar wohl nicht, wie R.G. XXV, 202 angenommen, die Pflicht; die nicht bestimmt erkennbar abgegebenen Erklärungen sind vielmehr lediglich als nicht abgegeben zu behandeln, da die nicht Verhandlungsfähigen in der Lage waren, ihrerseits für Vertretung durch einen Verhandlungsfähigen Sorge zu tragen.
2. Verlesung des Protokolls ist nicht erforderlich (ebenso Pinner Anm. II 6, Rudorff zu Abs. 4; dagegen K.B. 87). Die Verlesung ist in §. 259 H.G.B. nicht angeordnet. Der §. 177 G.fr.Ger. ist aber nicht unmittelbar anwendbar, da er sich nur auf Beurkundung von Rechtsgeschäften bezieht (vgl. R.G. XXV, 198); er ist nicht entsprechend anwendbar, weil die Nichterwähnung der Verlesung in §. 259 keine Lücke darstellt.
3. Anspruch des Aktionärs auf Erteilung einer Abschrift. Ein solcher

Anspruch ist für den Fall richterlicher Protokolle aus G.fr.Ger. §. 34 abzuleiten, wenn der Aktionär ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Das H.G.B. verweist den Aktionär darauf, unter Hinterlegung einer Aktie die Gesellschaft um Mitteilung einer Abschrift der Beschlüsse zu ersuchen (§. 257 Satz 2) oder bei dem Handelsgericht unter Glaubhaftmachung seines rechtlichen Interesses eine Abschrift des eingereichten Protokolls zu beantragen (§. 9 Abs. 2, K.B. 87). Auch kann das Landesrecht einen Anspruch auf Abschrift gewähren.

4. Versagung der Mitwirkung zu offenbar gesetzwidrigen Handlungen ist Pflicht des Richters und Notars nach öffentlichem Recht (R.G. XXXIV, 116).
5. Mitwirkungsverbote. Das Verbot des §. 170 G.fr.Ger. ist entsprechend anwendbar (abweichend Pinner Anm. II 7); der §. 6 G.fr.Ger. kommt wohl nicht in Betracht, weil §. 170 G.fr.Ger. eine Sonderbestimmung für Beurkundungen enthält. Über die Frage, wer „Beteiligter" im Sinne des §. 170 G.fr.Ger. ist, vgl. unten zu 7.
6. Deutsche Sprache. Der §. 175 G.fr.Ger. ist für entsprechend anwendbar zu erachten; die §§. 8, 9 G.fr.Ger. kommen wohl nicht in Betracht, weil §. 175 G.fr.Ger. eine Sonderbestimmung für Beurkundungen enthält. Auch §. 179 G.fr.Ger. ist wohl nicht anwendbar; es gilt vielmehr in dieser Beziehung dasselbe wie bezüglich nicht deutlicher Erklärungen nicht Verhandlungsfähiger (oben zu 1). Über die Frage, wer „Beteiligter" im Sinne des §. 179 ist, vgl. unten zu 7.
7. „Beteiligter." Zweifelhaft ist, wer bei Anwendung des G.fr.Ger. oder der Landesgesetze als „Beteiligter" zu erachten ist. Jedenfalls ist dies nicht jeder erschienene Aktionär (entsprechend G.fr.Ger. §. 181, R.G. XXV, 201, VII, 311). Aber auch wohl nicht (wie R.G. XXV, 199 annimmt; dagegen 11. Aufl. Art. 238a Anm. 20) jeder, der die Versammlung leitet oder einen Widerspruch zu Protokoll erklärt. Vielmehr wird wohl als „Beteiligter" nur anzusehen sein wer nach §. 252 Abs. 3 vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.

b. **Inhalt des Protokolls.** Der für die Giltigkeit des Protokolls erforderliche Mindestinhalt ist erschöpfend in §. 259 Abs. 2 angegeben, also nicht ergänzbar aus dem G.fr.Ger. oder aus Landesrecht (oben Anm. IIa). Das Protokoll wird nicht ungiltig, wenn es mehr enthält als vorgeschrieben. Ein Beispiel eines freiwilligen Zusatzes enthält §. 259 Abs. 3 Satz 2. Der Richter bezw. Notar hat die Pflicht zur Aufnahme eines zu Protokoll erklärten Widerspruchs eines Aktionärs (Denkschr. 146, K.B. 86; vgl. §. 271 Anm. Va 2e), es sei denn, daß (z. B. wegen beleidigender Form) in der Protokollierung ein Mitwirken an einer strafbaren Handlung liegen würde (oben Anm. IIa 4). Entsprechend ist auch ein gemäß §. 268 gestelltes Minderheitsverlangen auf Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen im Protokoll zu vermerken (§. 269 Abs. 1 Satz 2). Andersartige Einwendungen oder Willenserklärungen, z. B. Einwendungen gegen die Richtigkeit der Beurkundung, brauchen wohl nicht protokolliert zu werden (vgl. oben Anm. IIa 2; dagegen K.B. 87). — Nach §. 259 Abs. 2 sind anzugeben:

1. Ort der Verhandlung. Vgl. §. 250 Anm. Va 4.
2. Tag der Verhandlung vgl. §. 255 Anm. II.
3. Name des Richters bezw. Notars. „Name" = Vor- und Familienname (§. 162 Anm. I).
4. Art der Beschlußfassungen. Unter einem Angeben der „Art der Beschlußfassung" (vgl. §. 251 Anm. II) ist nicht nur zu verstehen die Feststellung, ob der Beschluß mittels namentlicher Abstimmung, mittels einer anderen Art der Abstimmung nach Mehrheiten, oder mittels Abstimmung durch Zuruf zustande gekommen ist; vielmehr ist wohl gemeint, daß der ganze Gang der Abstimmung

anzugeben ist. Hiernach sind namentlich auch die einzelnen Anträge anzugeben, selbst soweit sie abgelehnt oder nach Beginn der Gesamtabstimmung zurückgezogen werden; wollte man dies nicht zugeben, so würde von einem Protokoll „über die Verhandlung" (Abs. 1) nicht die Rede sein können. Der Inhalt der einzelnen Erörterungen braucht indessen nicht angegeben zu werden (Esser Anm. 1); ebensowenig bedarf es einer Feststellung, wer bei den Erörterungen mitgewirkt hat. (Ähnlich Pinner Anm. II 1: Anträge und Erörterungen seien nur insoweit aufzunehmen, als sie für Verständnis der Beschlüsse notwendig sind.)

5. Ergebnis der Beschlußfassungen. Hierunter ist die Feststellung zu verstehen, daß ein bestimmter Beschluß gefaßt sei. Es genügt nicht die Angabe, daß eine bestimmte Stimmenzahl für einen Antrag und eine bestimmte Zahl dagegen abgegeben sei; dies würde nur unter Angabe der „Art der Beschlußfassung" fallen. Wichtig ist dies für Fälle, in denen zweifelhaft sein kann, ob eine erschwerte Mehrheit oder welche Mehrheit für die Fassung des Beschlusses erforderlich ist. In der Feststellung, daß ein Beschluß gefaßt sei, liegt eine Schlußfolgerung aus der gleichfalls zu vermerkenden Art der Beschlußfassung, mithin keine Thatsache, welche durch die Feststellung in öffentlicher Urkunde beweisbar wäre (C.P.O. §. 418).

c. **Beizufügen** sind (§. 259 Abs. 3):

1. Das Verzeichnis der Teilnehmer (§. 258). Wer außer den (in jenem Verzeichnis allein aufgeführten, §. 258 Anm. Ia) Teilnehmern auf Grund eines Anteilrechts teilgenommen hat, braucht — abgesehen von dem Namen des Richters bezw. Notars (oben Anm. IIb 3) — weder aus dem Protokoll noch seinen Anlagen hervorzugehen (dagegen Pinner Anm. II 3).

2. Die Belege über die ordnungsmäßige Berufung. Welcher Art diese Belege sind, hängt davon ab, welche Form der Berufung (§. 182 Anm. IVb 6) vorgeschrieben ist. Ist man der Ansicht, daß auch die besonderen Mitteilungen gemäß §. 257 Bestandteile der Berufungsform sind (§. 257 Anm. IV), so sind auch die Postscheine über Absendung der Mitteilungen beizufügen. Einer Beifügung der Belege für die ordnungsmäßige Ankündigung der Gegenstände der Verhandlung bedarf es nicht. — Nach §. 259 Abs. 3 Satz 2 kann die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung unterbleiben, „wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden." Hierunter ist wohl zu verstehen, daß der Inhalt, wenn auch nicht notwendig wörtlich (vgl. §. 10 Anm.), so doch in allen wesentlichen Teilen wiederholt werden muß, und daß gleichzeitig die Belege, die jenen Inhalt enthalten, einzeln bezeichnet werden müssen. Ein gleichlautender Inhalt mehrerer Belege braucht hierbei nur einmal im Protokoll wiederholt zu werden (Denkschr. 146).

d. **Unterschrift.** Hierüber enthält §. 259 Abs. 4 Satz 1 die erschöpfende Vorschrift, daß nur der Richter bezw. Notar das Protokoll zu „vollziehen", d. h. zu unterzeichnen habe. Vorschriften des G.fr.Ger. oder der Landesgesetze, wonach noch andere Personen zu unterzeichnen haben, sind — da das H.G.B. eine erschöpfende Regel geben wollte — nicht anwendbar (oben Anm. IIa). Der Entwurf enthielt die Ordnungsvorschrift, daß der Vorsitzende der Generalversammlung gleichfalls unterschreiben solle (Denkschr. 146); dies ist jedoch von der Reichstagskommission gestrichen (K.B. 87).

III. **Folge eines Verstoßes.** Die Worte „bedarf zu seiner Giltigkeit" in §. 259 Abs. 1 ergeben, daß die Vorschrift der gerichtlichen oder notariellen Protokollierung zwingend sein sollte. Da die Absätze 2—4 nur eine nähere Erklärung dessen geben, was in Abs. 1 unter dem „Protokoll" verstanden ist, so wird man anzunehmen haben, daß auch die Vorschriften der Absätze 2—4 als zwingende, unverzichtbare gemeint sind. Hieraus folgt, daß eine Verletzung des §. 259 Abs. 1—4 sowohl in dem Verfahren gemäß

§§. 271 ff. (dagegen Pinner Anm. IV) wie auch mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln (§. 273 Anm. II b) geltend gemacht werden kann. Der Grundsatz, daß weniger erhebliche Verstöße in dem zu den Beschlüssen führenden Verfahren heilbar sind durch Nichtanfechtung binnen der einmonatlichen Frist des §. 271 Abs. 2 (§. 273 Anm. II a), ist mithin nach der Sonderbestimmung des §. 259 Abs. 1 nicht auch anwendbar auf Mängel der Protokollierung. Soweit Bestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur entsprechenden Anwendung kommen (oben Anm. II a), wird dasselbe auch bezüglich eines Verstoßes gegen diejenigen Vorschriften zu gelten haben, welche nach G.fr.Ger. wesentlich für die Giltigkeit des Protokolls sind. Dagegen ist bezüglich etwa entsprechend anzuwendender landesgesetzlicher Vorschriften auch G.fr.Ger. §. 200 Abs. 2 entsprechend zur Anwendung zu bringen, welcher lautet: „Soweit durch Landesgesetz allgemeine Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden erlassen werden, ist ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Giltigkeit der Beurkundung."

IV. **Einreichung zum Handelsregister.** §. 259 Abs. 5. Einreichungspflichtig ist der Vorstand (§. 234 Anm. I c). Einzureichen ist eine öffentlich beglaubigte (§. 12 Anm. I f, G.fr.Ger. §§. 128, 167 ff., 191) Abschrift des Protokolls. Dies auch, wenn das Protokoll gerichtlich aufgenommen ist. Die Einreichung hat „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern (B.G. §. 121) nach der Generalversammlung zu erfolgen. Der Vorstand darf mit der Einreichung nicht darum zögern, weil er z. B. noch nicht in der Lage ist, die durch den Inhalt des Protokolls notwendig gewordenen Anträge zum Register zu stellen; denn an der unverzüglichen Einreichung können die Aktionäre ein selbständiges Interesse haben, da sie vorher — nach Reichsrecht (oben Anm. II a 3) — keinen Anspruch auf Einsicht des Protokolls haben. Die Einreichung muß sowohl zum Register des Sitzes wie auch zu den Registern aller nicht im Bezirk des Sitzes befindlichen Niederlassungen erfolgen (§. 13, §. 201 Anm. II, Denkschr. 146). Die Einreichung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 14). — Auf Grund bloßer Einreichung hat keine Eintragung stattzufinden; Voraussetzung für Eintragung von Beschlüssen ist deren Anmeldung. Die Anmeldung von Beschlüssen hat nur in den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Fällen (§§. 234, 277, 280, 289, 293 [292 Ziff. 2, 303], 296, 304, 307) zu erfolgen. Über den Ausschluß einer Prüfungsbefugnis oder -pflicht des Richters bei nur einzureichenden Beschlüssen vgl. §. 195 Anm. I g.

IV. Bilanz, Gewinnverteilungsbeschluß, Entlastung (§§. 260—265).

§. 260. Beschluß der Generalversammlung.

Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnvertheilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsraths.

Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Frist, jedoch nicht über die Dauer von sechs Monaten hinaus, bestimmt werden.

A.D.H. Art. 239 Abs. 2 Satz 1. **Entw. I** §. 237. **Entw. II** §. 252.

§. 260.

I. **Beschlüsse über Bilanzgenehmigung, Gewinnverteilung und Entlastung. Allgemeines.**

a. **Selbständigkeit der einzelnen Beschlüsse.** Die drei erwähnten Beschlüsse sind, obgleich sie sachlich zusammenhängen, doch in der Form als völlig getrennte zu behandeln. Durch die Genehmigung der Bilanz wird den Mitgliedern der Verwaltungsbehörden noch nicht Entlastung erteilt (Denkschr. 148: „nicht ohne weiteres"), und Entlastung kann erteilt werden ohne daß die Bilanz genehmigt wird (Simon, Bilanzen §. 4). Dies ist klargestellt durch das Wort „sowie" in §. 260 Abs. 1; die Bestimmung des Art. 239a Abs. 3 A.D.H., wonach bezüglich nicht bemängelter Ansätze der Bilanz die Entlastung als erteilt gelten solle, ist in das H.G.B. nicht aufgenommen (Simon a. a. O., Pinner Anm. IX, vgl. Denkschr. 148). Nicht mehr zutreffend für das neue Recht sind daher die Entscheidungen, wonach die Genehmigung der Bilanz ohne Vorbehalt die Entlastung einschließe (R.G. v. 7. Oktober 1898 J.W. 609; vgl. R.G. XXII, 161). Jedes ist ein besonderer Verhandlungsgegenstand, daher besonders anzukündigen. Bei Bilanzgenehmigung und Gewinnverteilung können auch diejenigen mitstimmen, welche wegen Widerstreits der Interessen ausgeschlossen sind vom Mitstimmen bei Entlastung (§. 252 Anm. Vb 1). Auch eine Satzungsbestimmung, daß die vorbehaltlose Genehmigung der Bilanz eine Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats in sich schließe, ist für unwirksam zu erachten (Esser §. 252 Anm. 8).

b. **Unübertragbarkeit.** Für die sämtlichen in §. 260 der Generalversammlung zugewiesenen Beschlüsse ist die Generalversammlung ausschließlich zuständig; sie können nicht an andere Behörden übertragen werden (§. 250 Anm. Vb 1, Denkschr. 146, vgl. R.G. XXXII, 95); dahingehende Satzungsbestimmungen oder Generalversammlungsbeschlüsse sind daher unwirksam.

II. **Genehmigung der Jahresbilanz.**

a. **Jahresbilanz.** Dies ist die für den Schluß des Geschäftsjahrs aufzustellende Bilanz (§. 39 Anm. III), gleichbedeutend mit „jährliche Bilanz" (§. 215 Anm. IIId, §. 216), im Gegensatz zu einer Zwischenbilanz (§. 240). Weder eine Zwischenbilanz noch die Eröffnungsbilanz (§. 39 Anm. II, Simon, Bilanzen §. 31) unterliegt — mangels dahingehender Satzungsbestimmungen — der Genehmigung durch die Generalversammlung. Über die Genehmigung einer Zwischenbilanz bei Umwandlung einer K.A.G. in eine A.G. vgl. §. 333 Abs. 2. Über die Verpflichtung zur Aufstellung von Jahresbilanzen vgl. §§. 39 ff. Über die insbesondere dem Vorstand einer A.G. obliegende diesbezügliche Verpflichtung vgl. §§. 239, 240 Abs. 1. Über die Strafbarkeit wissentlich unwahrer Darstellung oder wissentlicher Verschleierung des Vermögensstandes der Gesellschaft vgl. §. 314 Ziff. 1. — Da das Geschäftsjahr kürzer aber nicht länger sein darf als zwölf Monate (§. 39 Abs. 2), so ergiebt sich unter Umständen für die A.G. die Notwendigkeit, das erste Geschäftsjahr (über den Zeitpunkt seines Beginnes §. 239 Anm. II) besonders kurz zu bestimmen oder auch bei späterer Verlegung des Beginnes des Geschäftsjahrs ein kürzeres Übergangs-Geschäftsjahr einzuschieben. Dem Geschäftsjahr folgt aber stets die Jahresbilanz, denn unter „Jahresbilanz" und „jährliche Bilanz" versteht das H.G.B., wie aus §. 39 Abs. 2, §. 260 Abs. 2 hervorgeht, die „geschäftsjährliche", nicht die „kalenderjährliche". Daher ist auch am Schlusse eines derartigen kürzeren Geschäftsjahrs (sei es bei Beginn, sei es während der Dauer des Unternehmens) stets die Jahresbilanz zu ziehen und der Generalversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten. Aus demselben Grunde ist eine Gewinnverteilung auf Grund einer derartigen Bilanz eines kürzeren Geschäftsjahrs für zulässig zu erachten (§. 215 Anm. IIId; ebenso Staub Art. 217 §. 2, O.L.G. Hamburg v. 8. Oktob. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 551: dagegen Pinner Anm. IV,

Esser Anm. 7, Behrend §. 133 Anm. 24; zweifelnd Simon, Bilanzen §. 32 Anm. 128).

b. **Genehmigung.** Der Genehmigungsbeschluß enthält nicht etwa eine Entscheidung über die rechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern, sondern ist nur ein Mittel, durch welches der Wille der Gesellschaft zur Entstehung und zum Ausdruck gebracht wird (R.G. XXXII, 95). Die vom Vorstand vorgelegte Bilanz — gleichgiltig ob sie vom Aufsichtsrat bemängelt ist oder nicht — hat nur die Bedeutung eines Entwurfs. Die Generalversammlung kann nach eigenem Ermessen, auch wenn der Vorstand widerspricht, den vorgelegten Entwurf ändern (R.O.H. XXII, 281, R.G. XV, 99, R.G. in Strff. XIII, 358); der Ausdruck „Genehmigung" (statt „Feststellung") sollte dies nicht ausschließen, ist aber aus diesem Grunde unzutreffend (Simon, Bilanzen §. 6). Über das Recht der Generalversammlung, die Prüfung des Bilanzentwurfs durch Revisoren anzuordnen, vgl. §§. 266, 267. Vorlegung aller Geschäftsbücher an die Generalversammlung kann die Generalversammlung nicht verlangen (Simon, Bilanzen §. 5 Anm. 52 gegen Staub Art. 239 §. 8; vgl. oben §. 231 Anm. II b). Erst durch den Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung wird die Bilanz endgiltig festgestellt. Der Genehmigungsbeschluß (und mit ihm die Bilanz) ist dann jedoch noch in gleicher Weise (§§. 271 ff., 273 Anm. II; vgl. die Einschränkung durch §. 271 Abs. 3 Satz 2) angreifbar wie andere Generalversammlungsbeschlüsse. Auch kann die Generalversammlung — vorbehaltlich etwa erworbener Rechte Dritter (§. 213 Anm. II c, §. 237 Anm. II b; vgl. Simon, Bilanzen §. 6 Anm. 70) — den früheren Beschluß ändern und eine anderweit aufgestellte Bilanz genehmigen (R.G. XXXII, 95; vgl. R.G. XXXVII, 64). Ist eine unrichtige oder das Gesetz oder die Satzung verletzende Bilanz genehmigt worden, so ist es sogar Pflicht der Gesellschaftsbehörden, die Änderung derselben durch einen neuen Beschluß anzuregen (R.G. XXXII, 94). — Die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses kann nicht darauf allein gestützt werden, daß der Wert eines Aktivums oder Passivums höher oder niedriger sei als der Bilanzansatz; vielmehr muß entweder die weitere Behauptung hinzukommen, daß ein böswilliges oder willkürliches Verfahren der Generalversammlung vorliege, z. B. die absichtliche Begründung einer nicht satzungsgemäßen stillen Rücklage (R.G. XL, 36, R.G. v. 16. März 1899 Holdheim Ztschr. 145, Neukamp in Z.f.H. Bd. 48 S. 487), oder die Behauptung, daß ein offenbarer, einem Rechenfehler gleichzustellender Irrtum untergelaufen sei (R.G. XXXII, 52). Über die Voraussetzungen, unter denen die Feststellung der Bilanz dem Inhaber des Gewinnanteilscheins ein Gläubigerrecht auf einen entsprechenden Gewinnanteil giebt, vgl. §. 213 Anm. II c. — Der Aufsichtsrat hat den Entwurf der Jahresbilanz mit seinen Bemerkungen zu versehen (§. 260 Abs. 2) und über dieselbe der Generalversammlung zu berichten (§. 246 Anm. III a 2 α).

III. **Gewinnverteilungsbeschluß.** Ebenso wie für die Bilanz hat auch für die Gewinnverteilung der Vorstand einen Vorschlag zu machen (§. 246 Abs. 1 Satz 3). Für das Recht der Generalversammlung, diesen Vorschlag zu ändern, und für die Angreifbarkeit und Abänderbarkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses gelten daher dieselben Grundsätze wie bezüglich der Bilanz (oben Anm. II b). Über die bei dem Gewinnverteilungsbeschluß einzuhaltenden Grenzen vgl. §. 213 Anm. II d, §. 215 Anm. I, III. Über die Frage, ob für Vorstand und Aufsichtsrat ein diese Grenzen verletzender Beschluß der Generalversammlung maßgebend ist, und ob sie ihn anfechten müssen wenn sie ihn nicht befolgen wollen, vgl. §. 235 Anm. II, §. 241 Anm. II b, §. 271 Anm. V c. Über den Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat bei gesetzwidriger Auszahlung von Gewinnanteilen vgl. §. 241 Anm. III c 2, §. 249 Anm. III. — Über den Gewinnverteilungsvorschlag des Vorstandes hat der Aufsichtsrat der Generalversammlung zu berichten (§. 246 Anm. III a 2 α).

IV. **Entlastung.**

a. **Begriff.** Der Begriff der Entlastung ist im Gesetz nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt. Die Entlastung ist eine Willenserklärung, dahin gehend, daß gegen den Entlasteten aus dessen Geschäftsführung während der fraglichen Zeit keine Forderung geltend gemacht werden solle (vgl. R.G. XVIII, 62, Bolze Bd. 15 Nr. 126), sei es, daß sie an sich bestehe oder nicht. Diese Willenserklärung ist wohl als einseitige aufzufassen; sie fällt daher nicht unter B.G. §. 397 (Pinner Anm. IX; demgemäß §. 205 Anm. I zu berichtigen). Trotz der Einseitigkeit ist sie aber bindend; so kennt das B.G. an mehreren Stellen (z. B. B.G. §§. 208, 1892 Abs. 2) ein trotz seiner Einseitigkeit wirksames Anerkenntnis. Will man aber daran festhalten, daß eine einseitige derartige Erklärung unwirksam sei (Planck, B.G. §. 397 Anm. 1), so würde man in der Entlastung einen Vertrag (§. 397) erblicken müssen, bei welchem eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (B.G. §. 151). Gegen die obige Begriffsbestimmung spricht nicht B.G. §. 1892 Abs. 2, denn die dort vorgesehene Anerkennung der abgelegten Rechnung des Vormundes als einer richtigen ist etwas von der nach früherem Recht (Preuß. Vorm.Odg. §. 69) vorgeschriebenen Entlastung des Vormundes Verschiedenes, wie z. B. daraus hervorgeht, daß eine Rechnung als richtig anerkannt werden kann, auch wenn der Vormund den berechneten Bestand widerrechtlich zurückhält. Nicht beizutreten ist der Ansicht (R.G. XII, 77; ebenso Esser Anm. 3; vgl. unten Anm. IV b), daß in der Entlastung nur die Erklärung liege, aus den gemachten Vorlagen keine Veranlassung zu einer Rüge zu nehmen. Es kann gerügt und gleichzeitig dennoch Entlastung erteilt werden. Daß die Entlastung von dem Begriff des „Verzichts" umfaßt wird, ist stillschweigend vorausgesetzt in §. 270, und ausdrücklich anerkannt in M. 128. — Geht man von der hier vertretenen Begriffsbestimmung aus, so ist ferner nicht beizutreten der Ansicht Pinners Anm. IX, daß eine Entlastung begriffsmäßig eine Rechnungslegung voraussetze; vielmehr kann es sich nur darum handeln, ob der einzelne Aktionär ein Sonderrecht darauf hat, daß die Gesellschaft die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat nicht ohne vorherige Rechnungslegung entlastet (§. 250 Anm. III c 11, R.G. XXXIV, 58).

b. **Tragweite.** In der Rechtsprechung ist die Tragweite der erteilten Entlastung dahin eingeschränkt worden, daß sie sich nur auf diejenigen Teile der Geschäftsführung beziehe, welche aus den der Generalversammlung gemachten Vorlagen erkennbar seien (R.G. XII, 77, XIII, 51; dahingestellt R.G. XVIII, 63). Von anderer Seite ist demgegenüber ausgeführt worden, daß die Entlastung auch diejenigen Vorgänge ergreife, welche von der Generalversammlung mittels der ihr zustehenden Ernennung von Revisoren hätten ermittelt werden können (so Pinner Anm. IX) oder diejenigen, welche der Aufsichtsrat oder die thatsächlich ernannten Revisoren bemerkt haben oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätten bemerken können (so Simon, Bilanzen-S. 21). Das R.O.H. XXII, 280 nahm an, daß die Wahrnehmungen einer „Revisionskommission" als seitens der Gesellschaft erfolgt zu gelten haben, daher auf diese Wahrnehmungen die Entlastung sich mitbeziehe (dahingestellt R.G. XII, 77). Jene „Revisionskommission" entsprach dem jetzigen Aufsichtsrat (Simon S. 22 Anm. 59). Die Kenntnis des Aufsichtsrats erachtet aber für nicht erheblich R.G. v. 28. Nov. 1889 in Bolze Bd. 9 Nr. 479. — Zutreffender ist es wohl, jede Einschränkung überhaupt abzulehnen. Die Entlastung bezieht sich hiernach nicht auf bestimmte einzelne Vorgänge, die zur Kenntnis gebracht oder zur Kenntnis gekommen sind; sie bezieht sich vielmehr auf die gesamte Geschäftsführung während eines bestimmten Zeitabschnitts. Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, bevor sie die Entlastung ausspricht, die Geschäftsführung prüfen zu lassen; entlastet sie, ohne eine vorherige Prüfung vornehmen zu lassen, so thut sie dies auf ihre Gefahr

(ähnlich Bolze Bd. 15 Nr. 126), und nur die Anfechtung wegen Willensmängel (unten Anm. IVc) und wohl auch Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch die Entlastung (§. 812 Abs. 2 B.G. entsprechend anzuwenden; vgl. Planck B.G. §. 397 Anm. 1, 5) bleiben vorbehalten. Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat haben ein Interesse daran, eine allgemeine Befreiung von etwaigen Forderungen aus der Geschäftsführung zu erhalten; eine Entlastung nur bezüglich eines nicht klar abgegrenzten Teiles der Geschäftsführung würde für sie von geringem Wert sein. — In der Nichterwähnung der für die Entlastung erheblichen Thatsachen im Geschäftsbericht kann eine neue Pflichtwidrigkeit liegen (R.G. XII, 78); auch diese wird aber durch eine etwa erfolgte Entlastung für das Geschäftsjahr, im Laufe dessen der Geschäftsbericht vorgelegt ist, gedeckt.

c. **Willensmängel.** Die Entlastungserklärung, wie jede andere Willenserklärung, unterliegt den allgemeinen Regeln des B.G. §§. 116ff. über Willensmängel (dagegen Pinner Anm. IX). Hiernach regelt sich namentlich auch die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung (vgl. R.O.H. XXII, 279). Nur in diesem Zusammenhange wohl ist die Frage (oben Anm. IVb) erheblich, inwieweit eine Kenntnis der betreffenden Vorgänge vorhanden war und mithin Irrtum oder Täuschung ausgeschlossen sind. Erheblich ist nach den allgemeinen Regeln die Unkenntnis, auch wenn sie verschuldet war; gleichgiltig ist daher, ob die Generalversammlung sich Kenntnis hätte verschaffen können. In Betracht kommt allerdings die Kenntnis der Gesellschaft (Simon S. 22), aber doch nur insoweit diese Kenntnis durch die für die betreffende Willenserklärung zuständige Gesellschaftsbehörde vermittelt wird. Wollte man die letztere Beschränkung nicht zugestehen, so würde auch eine durch den Vorstand vermittelte Kenntnis genügen müssen. Zuständig für die Entlastungserklärung ist aber nur die Generalversammlung. Ihr wird man zwar eine Kenntnis der Revisoren zuzurechnen haben (B.G. §. 166), denn sie sind bei der vorzunehmenden Prüfung Vertreter der Generalversammlung. Nicht aber auch eine Kenntnis des Aufsichtsrats, denn dieser ist eine selbständige Behörde der Gesellschaft. Ebensowenig eine Kenntnis des Vorstandes soweit es sich um Entlastung des Aufsichtsrats handelt. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Kenntnis einer mehrgliedrigen Behörde, wie es die Generalversammlung ist, als vorhanden anzunehmen ist, vgl. §. 236 Anm. IV.

d. **Wer ist zu entlasten?** Der §. 260 Abs. 1 nennt als zu Entlastende den „Vorstand" und den „Aufsichtsrat", also die Behörden. Dies ist indessen wohl ungenau. Der Anspruch auf Entlastung beruht auf dem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft; ein solches Vertragsverhältnis besteht aber nicht zwischen der Gesellschaft und der Gesellschaftsbehörde, vielmehr nur zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern. Diese einzelnen Mitglieder sind daher zu entlasten (so zutreffend §. 248 Abs. 1: „Entlastung des Vertreters", §. 252 Abs. 3: „Wer ... entlastet werden soll, ...", vgl. auch §§. 241, 249, 268: „Mitglieder"). Daraus folgt, daß die Generalversammlung nicht nur getrennt über Entlastung der Vorstandsmitglieder und über Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder beschließen kann, sondern daß auch bezüglich der einzelnen Mitglieder derselben Behörde verschiedene Beschlüsse gefaßt werden können (§. 252 Anm. Va), so daß z. B. ein Vorstandsmitglied entlastet, dem anderen die Entlastung verweigert werden kann (R.O.H. XX, 222).

e. **Anspruch auf Entlastung.** Ein solcher Anspruch besteht, und zwar (oben Anm. IVd) als selbständiger jedes einzelnen Mitgliedes von Vorstand und Aufsichtsrat. Er kann durch Klage geltend gemacht werden (Esser Anm. 5, Pinner Anm. IX) und bleibt unbeeinträchtigt durch Beschlüsse der Gesellschaft, selbst wenn der Entlastungsberechtigte zugleich Aktionär ist (§. 273 Anm. IIb 1).

V. **Vorlegung von Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht.** §. 260 Abs. 2.

a. **Bilanz** für das verflossene Geschäftsjahr. Gemeint ist der Entwurf für die demnächst festzustellende „Jahresbilanz" (oben Anm. II).

b. **Gewinn- und Verlustrechnung.** Eine solche kommt nur bei doppelter Buchführung vor, so daß durch die Anordnung, daß eine Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen sei, mittelbar doppelte Buchführung für erforderlich bei der A.G. erklärt ist (§. 38 Anm. Ib, Simon, Bilanzen §. 24 Anm. 23). Unter „Gewinn- und Verlustrechnung" ist hierbei eine Abschrift des bei Abschluß der Bücher für das betreffende Geschäftsjahr aufzustellenden Gewinn- und Verlustkontos zu verstehen (Simon S. 72), unter Außerachtlassung der Gewinnverteilung bezw. Verlustausgleichung zum Schluß des Vorjahrs (Simon S. 77 Anm. 30). Durch diese Gewinn- und Verlustrechnung werden mithin die einzelnen Posten des Gewinns oder Verlustes, welche sich für das Geschäftsjahr ergeben haben, aufgedeckt, wobei aber die Hilfskonten des Gewinn- und Verlustkontos (Handlungsunkostenkonto, Steuerkonto, Zinsenkonto und andere) nur mit ihrem Saldo einzusetzen sind (Simon S. 69). Der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung muß übereinstimmen mit dem aus der Vergleichung der Aktiva und Passiva in der Bilanz sich ergebenden Gewinn oder Verlust (§. 261 Ziff. 6). Hierbei ist zu beachten, daß der Gewinn- oder Verlustvortrag vom Vorjahr in die neue Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzt wird; mithin stellt der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung keineswegs das Jahresertrágnis dar; vielmehr ist zur Ermittelung des letzteren der vorgetragene Gewinn bezw. Verlust in Abzug zu bringen (Simon S. 78) bezw. (wenn das Saldo des Gewinn- und Verlustkontos auf derselben Seite wie der Vortrag erscheint) hinzuzuzählen. — Die im §. 262 genannten Beträge dürfen nicht in die Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt, müssen vielmehr unmittelbar in die Bilanz aufgenommen werden (einerseits als Vermehrung des Reservefonds, andererseits — soweit neu eingezahlt (Ziff. 2, 3) und noch vorhanden — als vermehrte Aktiva); und zwar die Beträge Ziff. 2 und 3 in die Bilanz des laufenden, der Betrag Ziff. 1 in die Bilanz des künftigen Jahres; vgl. auch Simon S. 86. — Über die Gewinn- und Verlustrechnung und andere Jahresrechnungen hat der Aufsichtsrat Bericht an die Generalversammlung zu erstatten (§. 246 Anm. IIIa 2α). Die Gewinn- und Verlustrechnung unterliegt aber nicht der Genehmigung der Generalversammlung. Da jedoch die Abänderung des Bilanzentwurfs auch die Änderung einiger Posten der Gewinn- und Verlustrechnung (z. B. des Postens für Abschreibungen) notwendig machen kann, um die Übereinstimmung der Buchungen wiederherzustellen, so wird der Vorstand, wenn er sich dem Bilanzfeststellungsbeschluß der Generalversammlung unterwirft, nachträglich das Gewinn- und Verlustkonto in den Büchern der Gesellschaft entsprechend zu berichtigen haben.

c. **Geschäftsbericht.** Sein Inhalt ist im Gesetz bestimmt als ein „für das verflossene Geschäftsjahr den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnder Bericht". Der Entwurf enthielt als Abs. 3 die Vorschrift: „In dem Geschäftsbericht ist insbesondere anzugeben, nach welchen Grundsätzen die Werte in der Bilanz angesetzt und die Abschreibungen vorgenommen sind. Ist hierbei nach anderen Grundsätzen verfahren als bei der Aufstellung der letzten Jahresbilanz, so sind die Gründe der Abweichung anzugeben." Diese Bestimmung ist von der Reichstagskommission gestrichen worden, da eine so weit gehende Offenlegung der Verhältnisse der Gesellschaft und die hieraus für Mitbewerber sich ergebende Möglichkeit der Kenntnisnahme geeignet sei, Schädigungen vieler Unternehmungen herbeizuführen. Maßgebend für den Umfang der Offenlegung ist mithin das vom Vorstand mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§. 241 Abs. 1) zu erwägende Interesse der Gesellschaft; eine Grenze bildet — abgesehen von etwaigen Maßregeln der Generalversammlung

zur Erzwingung der Auskunft (§§. 266, 267; vgl. §. 231 Anm. II b) — nur das Verbot unwahrer Darstellung oder Verschleierung der Verhältnisse der Gesellschaft (§. 314 Ziff. 1). Auch kann der Umfang, in welchem der Geschäftsbericht die stattgehabte Geschäftsführung aufdeckt, für die Frage in Betracht kommen, ob eine daraufhin erteilte Entlastung demnächst anfechtbar ist wegen Nichtkenntnis der Generalversammlung von den betreffenden Vorgängen (oben Anm. IV c). — Bezüglich des Geschäftsberichts hat der Vorstand eine völlig andere Stellung im Verhältnis zur Generalversammlung als bezüglich der von ihm vorzulegenden Bilanz. Bezüglich der Bilanz macht der Vorstand nur einen Vorschlag, während die Generalversammlung endgiltig feststellt (oben Anm. II b); den Geschäftsbericht erstattet der Vorstand völlig selbständig und unter eigener Verantwortung, so daß weder der Aufsichtsrat noch die Generalversammlung eine Änderung desselben beschließen können. Die Generalversammlung hat den Geschäftsbericht nicht zu genehmigen; auch wenn gegen seinen Inhalt nicht ausdrücklich Widerspruch erhoben wird, liegt darin doch keine Genehmigung des Inhalts seitens der Generalversammlung; etwaige im Geschäftsbericht enthaltene Vorschläge für die Zukunft oder Schlußfolgerungen werden daher nicht bindend für die Gesellschaft durch Nichterhebung eines Widerspruchs.

d. **Vorlegung.** Die Vorlegung des Bilanzentwurfs, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts hat in den drei ersten Monaten des Geschäftsjahrs zu erfolgen, und wenn die Satzung (§. 182 Anm. I) eine andere Frist vorschreibt, innerhalb dieser Frist, jedoch spätestens in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahrs. Für die Fertigstellung sind die allgemeinen Regeln (§. 39 Abs. 2 Satz 2, §. 239) maßgebend (Pinner Anm. III 1). Die Vorlagen sind zunächst dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen noch innerhalb der obigen Frist der Generalversammlung zu machen. Dies ist dahin zu verstehen, daß die Generalversammlung unter rechtzeitiger Ankündigung jener Vorlagen als Gegenstand der Verhandlung (§§. 256, 257) und unter rechtzeitiger Auslegung der Vorlagen (§. 263) so rechtzeitig zu berufen ist (§§. 255, 257), daß sie noch innerhalb jener Frist zusammentritt und ihr dann diese Vorlagen gemacht werden. Zur Befolgung der Vorschriften des §. 260 Abs. 2 sind die Mitglieder des Vorstandes bezw. die Liquidatoren durch Ordnungsstrafe anzuhalten (§. 319 Abs. 1). Bei Verletzung haften die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats für den entstandenen Schaden (§§. 241 Abs. 2, 249 Abs. 2). Die Versäumung der Frist macht die daraufhin gefaßten Beschlüsse nicht anfechtbar (Johow XII, 28); andernfalls wäre die Versäumung nie wieder gutzumachen. Dagegen ist ein Beschluß über Feststellung der Jahresbilanz, Gewinnverteilung oder Entlastung, welcher gefaßt ist, ohne daß die Vorlagen gemäß §. 260 Abs. 2 ordnungsmäßig gemacht waren, für anfechtbar gemäß §§. 271 ff. zu erachten. — Nicht vorgeschrieben ist, daß auch die Vorschläge über Gewinnverteilung innerhalb der Frist des §. 260 Abs. 2 gemacht und daß die Beschlüsse des §. 260 Abs. 1 innerhalb dieser Frist gefaßt werden müssen. Über die Grenzen des Sonderrechts auf Bilanzfeststellung vgl. §. 264 Anm. I. — Über die vorgeschriebenen „Bemerkungen" des Aufsichtsrats vgl. §. 246 Anm. III a 2 α.

§. 261. **Aufstellung der Bilanz.**

Für die Aufstellung der Bilanz kommen die Vorschriften des §. 40 mit folgenden Maßgaben zur Anwendung:

1. Werthpapiere und Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreise des Zeitpunktes,

für welchen die Bilanz aufgestellt wird, sofern dieser Preis jedoch den Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt, höchstens zu dem letzteren angesetzt werden;

2. andere Vermögensgegenstände sind höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen;
3. Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein ihr entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird;
4. die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden;
5. der Betrag des Grundkapitals und der Betrag eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds sind unter die Passiva aufzunehmen;
6. der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust muß am Schlusse der Bilanz besonders angegeben werden.

A.D.H. Art. 239b (185a). **Entw. I** §. 238. **Entw. II** §. 254.

§. 261.

I. **Verweisung auf §. 40.** Soweit §. 261 nichts Abweichendes bestimmt, sollen die allgemeinen Vorschriften des §. 40 über Bilanzen zur Anwendung kommen. Dies gilt namentlich von der grundlegenden Bedeutung des **Werts** für den Bilanzansatz (unten Anm. VI a). Es gilt ferner von denjenigen Gruppen von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten, über deren Bewertung der §. 261 gar keine Bestimmungen enthält, wie z. B. der eigenen Schulden der A.G. und (mit geringen Ausnahmen; unten Anm. V a) ihrer Forderungen (vgl. ferner Anm. VI b). Auch die Bestimmung des §. 40 Abs. 2, daß für die Bewertung derjenige Zeitpunkt maßgebend sei, für welchen die Aufstellung stattfindet, kommt zur Anwendung (Pinner Anm. I 2; in §. 261 Ziff. 1 ist dies überdies ausdrücklich hervorgehoben). Da die Bilanz Teil der Buchführung ist (§. 239 Anm. II), so kommt ergänzend auch die Vorschrift des §. 38 Abs. 1 zur Anwendung, wonach nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (nicht etwa unter Zugrundelegung der zum Teil abweichenden Rechtsbegriffe) die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen ist. Über die Zulässigkeit und die Art der Berücksichtigung schwebender Geschäfte vgl. §. 40 Anm. II, Simon, Bilanzen §§. 50—53, 92. — Zu beachten ist, daß einzelne Vorschriften des §. 261 nur dasselbe bestimmen, was sich auch aus §. 40 ergeben würde, einzelne dagegen Abweichendes. Wo ersteres der Fall ist und wo letzteres, ist im §. 261 nicht unterschieden.

II. **Vermögensbilanz oder Verteilungsbilanz?** Bestritten ist, ob durch die Vorschriften des §. 261 die Bilanz der Aktiengesellschaft eine andere grundsätzliche Bedeutung erhält als eine lediglich in Gemäßheit des §. 40 aufgemachte Bilanz anderer Kaufleute. Ist wesentliche Aufgabe der gemäß §. 261 aufgemachten Bilanz die Feststellung der Höhe des verteilbaren Reingewinns (so Staub Art. 185a §. 3 S. 601, Renkamp bei Holdheim Ztschr. 1898 S. 199), oder ist wesentliche Aufgabe die Gewährung einer Übersicht des Vermögensstandes zur Zeit der Bilanzaufstellung (so ungefähr Simon, Bilanzen S. 92) oder dient die Bilanz beiden Zwecken (so ohne Unterscheidung zwischen

Bilanzen der A.G. und anderen Bilanzen Neukamp in Z.f.H. Bd. 48 S. 469)? Der ersteren Ansicht wird für das geltende Recht beizutreten sein. Durch die Vorschrift des §. 261 Ziff. 6, daß der aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust am Schluß der Bilanz besonders anzugeben sei, sind die vorhergehenden Vorschriften der Ziffern 1—5 zu Hilfsvorschriften behufs einer dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Berechnung jenes Gewinnes oder Verlustes gestempelt, und auf den nach der Bilanz sich ergebenden Reingewinn verweist §. 215 Abs. 1 als auf die Grenze desjenigen, was nach öffentlichem Recht verteilt werden darf. Nun bestimmen aber §. 261 Ziff. 1, 2 ausdrücklich, daß in bestimmten Fällen ein anderer Betrag eingesetzt werden solle als der nach §. 40 einzusetzende Wert zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird (dies gesteht auch Simon zu, z. B. S. 312, 338, 352, und dies Zugeständnis genügt für die Entscheidung der Frage; vgl. Denkschr. 141), und in §. 261 Ziff. 3 ist für einen anderen Fall eine solche Abweichung des eingesetzten (von dem nach § 40 einzusetzenden) Wert doch gestattet (dies scheint Simon nicht zugeben zu wollen; vgl. jedoch unten Anm. VI a 2). Hieraus ergiebt sich, daß es dem Gesetzgeber in erster Reihe nicht auf die Herstellung einer getreuen Vermögensübersicht ankam, sondern um die Ersichtlichmachung dessen, was bei vorsichtiger Wirtschaftsführung noch verteilt werden darf, ohne die Bewahrung genügenden Betriebskapitals und genügender Sicherung für die Gläubiger zu gefährden. Zuzugeben ist allerdings, daß auch die gewöhnliche Bilanz des §. 40, trotzdem das Gesetz für sie in §. 40 Abs. 2 den Grundsatz der Einsetzung des Werts (vgl. unten Anm. VI a 1) ausnahmslos verkündet, in der Praxis nicht immer in allen Beziehungen diesem Grundsatz entsprechend aufgestellt wird, sondern auch hier das Bestreben herrscht, bestimmte noch nicht endgiltig in Sicherheit gebrachte Gewinne äußerlich nicht als Gewinn erscheinen zu lassen und bei Betriebsanlagen regelmäßige Abschreibungen an die Stelle wiederholter und ihrer Natur nach unsicherer Schätzungen zu setzen; auch kommt die Denkschrift jenem Bestreben entgegen, indem sie bei Betriebsanlagen höhere jährliche Abschreibungen als sie der wirklichen Abnutzung entsprechen, für zulässig erachtet (Denkschr. 46). Hierdurch nähert sich die gewöhnliche Bilanz derjenigen der Aktiengesellschaft; nichtsdestoweniger bleibt der grundsätzliche Unterschied bestehen (dagegen Simon S. 335). — Übrigens ist die Feststellung des verteilbaren Reingewinns nicht der einzige gesetzliche Zweck der Vorschriften des §. 261. Auch in anderen Beziehungen wird auf jene Vorschriften verwiesen; so in §§. 237, 245 für die Berechnung von Gewinnanteilen, in §. 262 für die Höhe der notwendigen Rücklagen zum Zwangsreservefonds. — Daß die Regeln des §. 261 nicht geeignet sind, die Bilanz unmittelbar zu einer wirklichen Vermögensübersicht zu machen, ist durch die Fassung des §. 240 anerkannt, welcher für die Frage, ob die „Hälfte des Grundkapitals" verloren sei oder Überschuldung vorliege, nicht dasjenige für maßgebend erklärt, was sich aus der Bilanz ergiebt, vielmehr nur dasjenige, was sich bei (d. h. gelegentlich) Aufstellung einer Bilanz ergiebt (§. 240 Anm. Ia). Einen Anhalt für die Beurteilung der Vermögenslage giebt allerdings auch die Bilanz des §. 261; um indessen eine Übersicht des Vermögens zu erhalten, bedarf es noch zusätzlicher Berechnungen. — Insoweit die Vorschriften des §. 261 dazu zwingen, für Vermögensgegenstände einen geringeren Betrag als den Wert in die Bilanz einzusetzen, liegt in dem Unterschied zwischen beiden Beträgen eine (nicht äußerlich aus der Bilanz erkennbare) Zwangsrücklage (vgl. Simon S. 338, 470).

III. **„Bilanz"** in §. 261 (und §§. 39 ff., 333 Abs. 2) muß abweichend vom Gebrauch dieses Wortes in §. 260 Abs. 2 und in §§. 263—265 (und wohl auch §. 266) nicht nur in dem Sinne von „Jahresbilanz" (§. 260 Anm. II a), sondern in weiterem Sinne verstanden werden. Indem in §. 240 Abs. 1 auf das bei Aufstellung einer „Zwischenbilanz" sich Ergebende Bezug genommen wird, ist dort vorausgesetzt, daß auch diese Zwischenbilanz nach Maßgabe des §. 261 aufgestellt ist. Zu demselben Verfahren zwingt so-

wohl bezüglich etwaiger Zwischenbilanzen wie auch bezüglich der Eröffnungsbilanz der Zusammenhang mit der Buchführung. Wollte man zugestehen, daß die Eröffnungsbilanz nicht gemäß §. 261, sondern ausschließlich gemäß §. 40 aufzustellen ist, so würden unter Umständen beim ersten Jahresabschluß Ausgleichungsposten in die Bücher aufgenommen werden müssen, um diese in Übereinstimmung mit der gemäß §. 261 aufzustellenden Jahresbilanz zu setzen. — Über die Bedeutung von „Bilanz" in §. 262 vgl. §. 262 Anm. I a. — Über die Bilanz von Hypothekenbanken vgl. Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 (R.G.Bl. 375) §§. 24 ff., über die Bilanz von Notenbanken Bankges. v. 14. März 1875 (R.G.Bl. 177) §. 8.

IV. **Börsen- oder Marktpreis.** (Simon, Bilanzen §§. 93, 94).

a. **Begriff.** Auf den Börsen- oder Marktpreis ist auch Bezug genommen in B.G. §§. 385, 1221, 1235, 1295, H.G.B §§. 373, 400, auf den Börsenpreis außerdem in H.G.B. §§. 220, 290, auf den Marktpreis in B.G. §. 453. Der Börsenpreis ist eine Art des Marktpreises (Denkschr. 230); er setzt das Bestehen einer Börse (Oberverwaltungsgericht, Entscheidungen XXXIV, 315) voraus. Markt ist hier nicht in der ursprünglichen Bedeutung dieses Wortes, im Sinne regelmäßiger örtlich und zeitlich bestimmter, dem Abschluß von Kaufgeschäften gewidmeter Zusammenkünfte gebraucht; vielmehr ist nur erforderlich, daß die Ware in einem bestimmten räumlichen Gebiet regelmäßig umgesetzt wird (Simon, Bilanzen §. 93). Der Marktpreis ist demnach derjenige Preis, welcher für eine Ware gewisser Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, wo sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt gewährt wird (Goldschmidt, Handbuch 2. Aufl. §. 64 a). Im Börsen- oder Marktpreis kommt der allgemeine Veräußerungswert zum Ausdruck (Simon S. 301). Für das Bestehen eines Marktpreises ist die amtliche oder außeramtliche Feststellung desselben kein Erfordernis (R.O.H. II, 195, R.G. v. 23. Januar 1897 J.W. 138, Simon S. 355); für das Bestehen eines Börsenpreises nur, wenn man amtliche Preisermittelung als notwendige Voraussetzung des Vorhandenseins einer Börse und eines Börsenhandels in den betreffenden Gegenständen ansieht. Von den Zusätzen „Bezahlt" (= umgesetzt), „Geld" (= nachgefragt), „Brief" (= angeboten) bei Notierung des Markt- oder Börsenpreises zeigt nur der erste einen Marktpreis an (R.G. XXXIV, 121); doch sind auch der zweite und dritte in der Regel als Niedrigst- bezw. Höchstgrenze des wirklichen Markt- oder Börsenpreises mit zu berücksichtigen (Simon S. 356). Ein nur für Zeitgeschäfte vorhandener Börsen- oder Marktpreis ersetzt nicht das Fehlen eines Börsen- oder Marktpreises für sofort zu erfüllende Geschäfte (vgl. R.G. XXXIV, 122).

b. **Ermittelung.** „Marktpreis, Börsenpreis sind Thatsachen, keine Urteile" (Simon S. 354); aber die Ermittelung jener Thatsachen ist nicht ohne Schlußfolgerungen (häufig auch anderer als rein rechnerischer) möglich. Besteht eine amtliche Feststellung des betreffenden Preises, und sind bei der amtlichen Ermittelung nicht nur geringfügige Umsätze in Betracht gezogen (R.G. XII, 9; insoweit ist der auf den Marktpreis sich Berufende beweispflichtig, was R.G. dahinstellt), so ist der amtlich festgestellte Preis zu Grunde zu legen; doch ist der Gegenbeweis (C.P.O. §. 418) zulässig, daß diese Feststellung eine unzutreffende sei (R.O.H. II, 195, R.G. XII, 8); ebenso bei nichtamtlichen Ermittelungen, nur daß hier keine formale Beweiskraft der Feststellung besteht (vgl. Simon S. 355, Esser Anm. 3).

c. **Maßgebender Ort.** Sowohl für die Frage, ob überhaupt ein Börsen- oder Marktpreis besteht, wie auch für die Höhe desselben entscheidet wohl nicht in erster Reihe der Sitz der Gesellschaft oder der für den Sitz maßgebende Handelsplatz (so Simon §. 94), vielmehr wohl der Ort, an welchem die Gegenstände sich befinden und der für jenen Ort maßgebende Handelsplatz, es sei denn, daß am Sitz auch ein Marktpreis für an dem betreffenden dritten Ort lagernde (z. B. verschiffte) Waren

besteht. Man denke z. B. an den Fall, daß schwer bewegliche Waren am Orte einer Zweigniederlassung oder im Auslande aufgestapelt sind. Der gewöhnliche Marktpreis des Sitzes würde für dergleichen Gegenstände nicht maßgebend sein können, da nicht nur die Fortbewegungskosten, sondern auch die Fortbewegungszeit in Rechnung gezogen werden müßte. Zu beachten ist, daß für verschiedene Gattungen von Gegenständen, auch wenn diese sich am gleichen Ort befinden, verschiedene Handelsplätze als maßgebend in Betracht kommen können. Für Gegenstände, welche an einem entfernten Ort umgesetzt werden können, ohne daß ihr Nichtdortsein dies hindert, wird unter Umständen selbst der Preis an jenem entfernten Ort der maßgebende sein.

d. **Maßgebende Zeit.** Ist für den maßgebenden Zeitpunkt kein bestimmter Börsen- oder Marktpreis zu ermitteln, so ist der für den letztvorhergehenden und verhältnismäßig nahen Zeitpunkt ermittelte für entscheidend zu erachten, es sei denn, daß aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß der Preis sich inzwischen geändert haben würde. Für einen bestimmten Zeitpunkt wird überhaupt nur selten ein Börsen- oder Marktpreis ermittelbar sein. Maßgebend ist dann unter obiger Einschränkung der Preis des letztvorhergehenden nahen Zeitraums. Über den im Fall des §. 261 Ziff. 1 maßgebenden Zeitpunkt vgl. unten Anm. VII b 1.

V. **Anschaffungs- oder Herstellungspreis.** (Simon, Bilanzen §§. 88—91).

a. **Begriff.** Bezüglich jedes einzelnen Gegenstandes kann nur entweder der Anschaffungspreis oder der Herstellungspreis in Betracht kommen. Ersteres wenn der Gegenstand nur angeschafft und demnächst keiner willkürlichen Veränderung unterworfen worden ist. Letzteres, wenn entweder durch die A.G. der Gegenstand erst als solcher ursprünglich hergestellt oder wenn er nach Anschaffung durch die A.G. einer willkürlichen Veränderung unterzogen worden ist. Mit „Anschaffung" wird auch in diesem Zusammenhang kein weiterer Begriff zu verbinden sein als im §. 1 Ziff. 1 (§. 1 Anm. III C Ziff. 1 a); nur ist hier — weil es sich nicht nur um bewegliche Sachen, sondern beliebige Vermögensgegenstände handelt — nicht die Einschränkung zu machen, daß der Erwerb zu Eigentum erfolgt sein müsse, so daß wenn ein Gebrauchsrecht an einer Sache erworben ist, zwar nicht die Sache, aber das Recht als „angeschafft" zu gelten haben wird. Hält man an diesem Begriff der Anschaffung fest, so folgt, daß weder von einem Anschaffungs-, noch von einem Herstellungspreis gesprochen werden kann bezüglich derjenigen keiner willkürlichen Veränderung unterzogenen Gegenstände, welche von der A.G. unentgeltlich oder von Todeswegen oder in einer nicht unter den Begriff der Herstellung fallenden ursprünglichen Art, z. B. durch Fund, oder auch durch Einlegung (dagegen Simon §. 98 Ziff. 1; aus dem von ihm angezogenen §. 191 ist jedoch wohl weder für noch gegen diese Ansicht etwas ableitbar) erworben worden sind. Aber auch aus dem Wort „Preis" ergiebt sich eine Einschränkung der unter die Vorschriften über Anschaffungs- oder Herstellungspreis fallenden Vermögensgegenstände. Von einem Preis kann man nur sprechen bezüglich derjenigen Gegenstände, welche an dem Wertmesser der Währung gemessen werden sollen; nicht also bezüglich des Geldes, welches selbst Wertmesser ist, und insbesondere bezüglich derjenigen Geldsorten, welche nach der rechtlichen und thatsächlichen Lage der für die betreffende Bilanz maßgebenden Währung (vgl. §. 40 Abs. 1) die Eigenschaft des Wertmessers haben. Aus entsprechenden Erwägungen folgt, daß auch die Forderungen der A.G. in der Regel weder einen Anschaffungs- noch einen Herstellungspreis haben; eine Ausnahme ist denkbar z. B. wenn die Gesellschaft die gegen einen Dritten bestehende Forderung zu bestimmtem Preise aufgekauft hat. In welcher Höhe Gegenstände ohne Anschaffungs- oder Herstellungspreis in die Bilanz einzusetzen sind, vgl. unten Anm. VI b.

b. **Höhe.** Der zu berechnende Anschaffungs- oder Herstellungspreis besteht in dem Wert der für den Erwerb oder die Herstellung (oder den Erwerb und die Herstellung)

des betreffenden Gegenstandes thatsächlich aufgewendeten Leistungen (Simon S. 342). Mithin bei Anschaffungen in der dem Vertragsgegner gewährten Gegenleistung (wobei ein etwaiger Rabatt abzuziehen) zuzüglich aller auf den betreffenden Erwerb bezüglicher Unkosten, z. B. Provisionen, Porti, Stempel (Simon S. 343, vgl. auch R.G. in Strfs. XVIII, 224); bei Herstellungen in dem ebenso zu berechnenden Preise der Rohstoffe und den auf den betreffenden Gegenstand verwendeten Kosten der Herstellung. Über die Frage, ob auch die allgemeinen Unkosten des Betriebes mit in Rechnung gezogen werden können, vgl. unten Anm. Vc. — Zu den Herstellungskosten gehören auch die Bauzinsen (Simon S. 377, Esser Anm. 3, R.G. v. 8. Mai 1888 J.W. 246), die für Geldbeschaffung gezahlten Provisionen (Simon S. 375, Esser Anm. 3, R.G. v. 8. Mai 1888 J.W. 246 und bei Bolze Bd. 6 Nr. 643) und der Gründungsaufwand (§. 186 Anm. V) und sonstige Kosten der Gründung (Simon S. 46), sämtlich jedoch nur insoweit sie nicht allgemeine Unkosten des Betriebes darstellen (unten Anm. Vc), sondern auf Herstellung bestimmter einzelner Vermögensgegenstände verwendet worden sind; wird diese Einschränkung gemacht, so steht das Verbot des §. 261 Ziff. 4 (unten Anm. X) nicht entgegen. Lassen sich die einzelnen angeschafften oder hergestellten Gegenstände wirtschaftlich nicht auseinanderhalten (z. B. weil dieselbe Gattung in mehreren Posten zu verschiedenen Preisen gekauft oder hergestellt und vor dem späteren Kauf oder der späteren Herstellung erst ein Teil des ersten Postens verkauft ist), so ist ein Durchschnittspreis der maßgebende (Simon S. 340, 348). Bei Patenten (K.B. 25) gehören zu den Herstellungskosten auf die Kosten der auf die Erfindung hinzielenden Untersuchungen (Simon S. 349). Über die Berechnung des Anschaffungs- oder Herstellungspreises von Anlagen nach späterer Änderung einzelner Teile vgl. Simon §. 98 Ziff. 2. Insbesondere bei Eisenbahnen vgl. Simon §. 99, R.O.H. XXV, 307. Über die Ermittelung dieses Preises für den Grundbesitz von Grundstückgesellschaften vgl. Simon S. 349. Hatte die A.G. eine Hypothekenforderung, und erwirbt sie in der Zwangsversteigerung das belastete Grundstück, ohne ihre Hypothek auszubieten, so ist Anschaffungspreis der Erstehungspreis zuzüglich der Ausfallsforderung (Simon §. 91, Staub Art. 185a §. 12 S. 604, Ring Art. 185a Anm. 7 S. 608; dagegen Pinner Anm. V 1c, Esser Anm. 3) und der aufgewendeten Kosten. Inwieweit der so berechnete Anschaffungspreis in die Bilanz eingesetzt werden darf, vgl. unten Anm. VIe.

c. **Dürfen allgemeine Unkosten berücksichtigt werden?** Die Denkschr. 147 bemerkt: „Was die bestrittene Frage betrifft, ob bei der Berechnung des Herstellungspreises von Waren auch ein entsprechender Teil der Generalunkosten des Unternehmens mit in Ansatz gebracht werden kann, so erscheint es nicht angängig, eine solche Berechnungsweise durch ausdrückliche Vorschrift ohne jede Einschränkung zu gestatten, weil alsdann der Vorschrift der Nr. 4 entgegen die sämtlichen Kosten der Verwaltung auf einem Umwege doch als Aktivum in die Bilanz eingesetzt werden könnten. Es muß dem verständigen Ermessen im einzelnen Falle überlassen bleiben, inwieweit ohne Verletzung der erwähnten Vorschrift gewisse allgemeinere Kosten als Bestandteil der Herstellungskosten berücksichtigt werden können." Für Berücksichtigung namentlich: Esser in Z.f.H. Bd. 34 S. 327 ff., Kommentar Anm. 4, Staub Art. 185a §. 7 S. 603, Cosack §. 118 IId, Holdheim in seiner Ztschr. 1893 S. 161, König Anm. 249; dagegen: Simon, Bilanzen §. 89, Ring Art. 185a Anm. 6 S. 607, Behrend §. 131 Anm. 6, Pinner Anm. V 2a, Petersen-Pechmann S. 188. Beizutreten ist den Ausführungen Simons, daß bei Berechnung des in die Bilanz einzusetzenden Herstellungs- (oder Anschaffungs-)preises trotz jenes halben Zugeständnisses der Denkschrift die allgemeinen Unkosten nicht berücksichtigt werden dürfen, vielmehr nur (unter den Handlungsunkosten) als Verlust in die Gewinn- und Verlust-

rechnung einzusetzen sind, weil erstens dies der Entwickelungsgeschichte der Bilanzen entspricht, weil zweitens für den Herstellungspreis in dieser Beziehung nichts anderes gelten kann als für den Anschaffungspreis, für welchen letzteren aber auch die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht nicht die Anrechnung der allgemeinen Unkosten fordern, weil drittens die allgemeinen Unkosten größtenteils gar nicht durch die Herstellung entstehen und auch bei (einstweiliger) Einstellung jener Herstellung fortdauern würden, und weil endlich auf diesem Wege auch alle Abschreibungen anteilig bei Berechnung der Herstellungspreise berücksichtigt, und auf diesem Wege sofort in der Bilanz wieder ausgeglichen werden könnten (letzteres allerdings nur soweit die hergestellten Waren zu dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, noch vorhanden sind). Von diesem Standpunkt aus kann nur noch in Frage kommen, wo die Grenze zwischen den allgemeinen (nicht anrechenbaren) und den besonderen (anrechenbaren) Unkosten zu ziehen ist, und dies ist wohl auch mit den Worten der Denkschrift gemeint. Simon §. 89 Anm. 43 erachtet als zulässig die Anrechnung der Beiträge für die Versicherung der Angestellten sowie allenfalls die Gehälter der Meister, welchen besonders die Arbeiten für den zu bewertenden Gegenstand obgelegen haben.

d. **Veräußerung und Wiederanschaffung.** Bestritten ist, ob und in welchen Fällen der neue Anschaffungspreis als „Anschaffungspreis" zu gelten hat, wenn nur zu dem Zweck, um diesen neuen, höheren Preis einstellen zu können, ein vorhandener Gegenstand veräußert und nach kurzer Zeit neu derselbe oder ein Gegenstand gleicher Gattung wieder angeschafft wird. Als entscheidend ist anzusehen, ob der Veräußerer während einer, wenngleich verhältnismäßig kurzen Zeit die Gefahr getragen hat, jenen Gegenstand nicht mehr zu dem Preise der Veräußerung (oder anderweit von vorn herein begrenztem Preise) zurückerwerben zu können (Simon S. 342). Wurde jene Gefahr nicht getragen, so ist die ursprüngliche Aufwendung der Anschaffungspreis (vgl. §. 314 Ziff. 1, B.G. §. 134). Wurde dagegen jene Gefahr getragen, so ist die neue Aufwendung der Anschaffungspreis (Esser Anm. 2, 3; dagegen, wenn „zur Umgehung des Gesetzes" erfolgt, Pinner Anm. V 1c); eine andere Frage ist, ob in dem betreffenden Einzelfall dieser Anschaffungspreis angesetzt werden darf, oder ob dies ausgeschlossen ist, z. B. weil der Börsen- oder Marktpreis oder der besondere Veräußerungs- bezw. Gebrauchswert (unten Anm. VI a 1) ein geringerer ist.

VI. **Grundlegende Regeln über Bilanzansatz bei Vermögensgegenständen** in der Bilanz der Aktiengesellschaft.

a. **Oberster Grundsatz** ist derjenige des §. 40 Abs. 2, wonach sämtliche Vermögensgegenstände nach dem **Werte** anzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkt, für welchen Bilanz gemacht wird, zusteht. **Dieser Grundsatz ist durch den §. 261 Ziff. 1—3 nicht beseitigt,** sondern nur bezüglich jeder einzelnen dort genannten Gruppe von Gegenständen in begrenzter Weise durchbrochen.

1. „Wert" in §. 40. Was unter „Wert" in §. 40 zu verstehen, ist bestritten. Man unterscheidet „allgemeinen Veräußerungswert", „besonderen Veräußerungswert", „allgemeinen Gebrauchswert", „besonderen Gebrauchswert", je nachdem man den Wert bei entgeltlicher Veräußerung oder bei Gebrauch im Auge hat und je nachdem man den Wert in Betracht zieht, den der Gegenstand in der Hand eines beliebigen der voraussichtlich in Betracht kommenden Nachfrager oder in der Hand des jetzigen Geschäftsherrn hat. Die herrschende Meinung neigt dazu, „Wert" in §. 40 als „allgemeiner Veräußerungswert" auszulegen (so namentlich R.G. XIX, 120 nach älterem Recht). Diese Ansicht greift Simon, Bilanzen §§. 71—81, 95 an. Er führt zunächst überzeugend aus, daß nicht unterschiedslos für alle Gegenstände der Veräußerungswert, sondern daß de Veräußerungswert oder der Gebrauchswert einzusetzen sei, je nachdem der

Geschäftsherr den betreffenden Gegenstand zur entgeltlichen Veräußerung oder zum Gebrauch bestimmt hat, und daß mithin der Wertansatz in der Regel zu ändern ist, wenn diese Bestimmung wechselt. Viel zweifelhafter ist, ob auch die fernere Ansicht Simons für zutreffend erachtet werden kann, daß in §. 40 unter „Wert" nicht der allgemeine Gebrauchs- bezw. Veräußerungswert, sondern nur der besondere Gebrauchs- bezw. Veräußerungswert zu verstehen sei. Doch wird wohl auch dem beizutreten sein (vgl. namentlich die Beispiele bei Simon S. 361f.; demgemäß §. 40 Anm. II zu berichtigen). Ebenso Behrend §. 131 Anm. 3; dagegen M. 170, Staub 7. Aufl. §. 40 Anm. 3, Ring Art. 185a Anm. 4 S. 604, Neukamp bei Holdheim Ztschr. 1898 S. 199, Pinner Anm. V 1b; vermittelnd Düringer-Hachenburg §. 40 Anm. II. Der Versuch Simons, seine Ansicht, daß der besondere Wert der maßgebende sei, auch aus dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen (weil in §. 261 Ziff. 1 nur ein Ansatz „höchstens" zum Börsen- oder Marktpreis gestattet sei), ist allerdings nicht als gelungen zu erachten, denn bei richtiger Auslegung des Verhältnisses von Ziff. 1 zu Ziff. 3 (unten Anm. VIc) kann jenes „höchstens" auch in anderer Weise erklärt werden (vgl. unten Anm. VIe 2 B). — Neukamp in Z.f.H. Bd. 48 S. 450 sucht auszuführen, daß §. 40 überhaupt nur die Einsetzung eines zu hohen, nicht aber auch die Einsetzung eines zu niedrigen Wertes verbiete (vgl. auch R.G. XL, 36). Dies ist aber mit dem Wortlaut des §. 40 nicht vereinbar, wenngleich zuzugeben ist, daß stille Rücklagen (z. B. in Form zu hoher Abschreibungen) nicht durch zwingendes öffentliches Recht ausgeschlossen sind.

2. „Wert" in §. 261 Ziff. 3. Das „Wert" in §. 261 Ziff. 3 will Simon abweichend von dem „Wert" in §. 40 auslegen, nämlich als „Veräußerungswert" (Simon S. 315), anscheinend sogar als „allgemeiner Veräußerungswert". Dem ist nicht beizutreten. Die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert" in Ziff. 3 sind nicht als einen Gegensatz zu Ziff. 1 und 2 bildend aufzufassen (denn Betriebsgegenstände, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, die also unter Ziff. 1 fallen würden, sind Ausnahmen, und zu Ziff. 2, wenn man sie unergänzt durch §. 40 betrachtet, bildet Ziff. 3 überhaupt keinen Gegensatz), vielmehr nur als einen Gegensatz zu §. 40 Abs. 2 bildend. Ist dies aber richtig, so verweist das „Wert" in §. 261 Ziff. 3 auf das „Wert" in §. 40 zurück, muß also die gleiche Bedeutung haben. Da, wenn man die Simonsche Auslegung des §. 40 annimmt, für die Bewertung von Betriebsanlagen schon nach §. 40 nicht der allgemeine oder besondere Veräußerungswert oder der allgemeine Gebrauchswert in Betracht kommt, so würde dann der §. 261 Ziff. 3 dahin auszulegen sein, daß bei der Bilanz der A.G. Betriebsanlagen ohne Rücksicht auf einen geringeren besonderen Gebrauchswert (und selbstverständlich ohne Rücksicht auf einen anderen Wert) zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis unter Berücksichtigung der Abnutzung angesetzt werden dürfen.

b. **Vermögensgegenstände ohne Anschaffungs- oder Herstellungspreis.** Die Vorschriften des §. 261 Ziff. 1—3 beziehen sich sämtlich nur auf Gegenstände, welche entweder einen Anschaffungs- oder einen Herstellungspreis haben, also entweder „angeschafft" oder „hergestellt" sind. Hieraus würde an sich folgen, daß für den Wertansatz derjenigen Gegenstände, welche weder einen Anschaffungs- noch einen Herstellungspreis haben (oben Anm. Va), ausschließlich ihr Wert in dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, maßgebend ist. Doch wird wohl — namentlich auch mit Rücksicht darauf, daß oft derartige Gegenstände späteren Veränderungen unterworfen sein würden — §. 261 Ziff. 1—3 entsprechend auch auf sie in der Weise anzuwenden sein, daß man ihren Wert (oben Anm. VIa 1) zur Zeit des Erwerbs durch die A.G. so zur Anrechnung bringt als wäre es ein gezahlter Kaufpreis.

So z. B. bezüglich der geschenkten Gegenstände. Simon, Bilanzen S. 339, Ring Art. 185a Anm. 7 S. 608, Behrend §. 131 Anm. 14, Petersen-Pechmann S. 190 wollen den Wert zur Zeit der Bilanzaufstellung einsetzen; Staub Art. 185a §. 11 S. 604, Esser Anm. 3, Pinner Anm. V 2 b (dessen zur Widerlegung gewähltes Beispiel des Kaufs eines Grundstücks von 100000 Mk. Wert für 100 Mk. nicht paßt, weil in einem derartigen „Kauf" in der Regel eine teilweise Schenkung liegen wird) wollen keinen Betrag einsetzen.

So ferner bezüglich der eingelegten (§. 186 Anm. IIa, b) Gegenstände. Simon §. 98 Ziff. 1 geht von der Ansicht aus, daß bezüglich dieser Gegenstände der Nennbetrag der dafür gewährten Grundkapitalanteile der Anschaffungspreis sei. Ein Nennbetrag ist jedoch zu einer solchen Gleichstellung mit einem auf ein wirkliches Wertmaß verweisenden Preis in keiner Weise geeignet. Sind bei Gleichgründung alle Gründer einig, daß für eine Nichtbareinlage ein Nennbetrag von Grundkapitalanteile gewährt werden soll, der den Wert jener Einlage weit übersteigt, so kann dies auch durch die Berichte der §§. 191 ff. nicht gehindert werden. Die in jenen Berichten enthaltene Schätzung des Wertes der Einlage wird allein für den Bilanzansatz erheblich (wenn auch nicht unbedingt maßgebend) sein können, gleichgiltig ob der Nennbetrag der hierfür gewährten Grundkapitalanteile höher oder niedriger ist.

So auch bezüglich der Forderungen der Gesellschaft, soweit nicht (oben Anm. Va) ausnahmsweise ein Anschaffungspreis für dieselben besteht. Näheres über Bewertung der Forderungen vgl. §. 40 Anm. II, §. 261 Anm. I, Simon, Bilanzen §§. 111—113.

c. **Abgrenzung der Voraussetzungen für die Vorschriften in §. 261 Ziff. 1, 2 und 3 im Verhältnis zu einander.** Simon, Bilanzen §. 85 will das Verhältnis der drei Ziffern dahin bestimmen, daß Ziffer 1 und 2 sich auf solche Gegenstände beziehen, die zur Weiterveräußerung, Ziff. 3 auf solche, die dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind. Dem ist nicht beizutreten. Mit Rücksicht darauf, daß Ziff. 1 und 2 nach ihrem Wortlaut keine Beschränkung auf Veräußerungsgegenstände enthalten, stellt sich das Verhältnis der Vorschriften vielmehr dahin, daß bezüglich der Betriebsgegenstände die Ziff. 3 keine Vorschrift für den Fall enthält, daß der Bilanzaufsteller von der ihm gewährten Befugnis zur Einstellung des Anschaffungs- oder Herstellungspreises mit Abnutzungsberücksichtigung nicht Gebrauch machen will. Für diesen Fall sind Ziff. 1 und 2 zur Anwendung zu bringen (M. 172). Wollte man dies nicht zugeben, so würde in dem Gesetz die doch auch von Simon (z. B. S. 334) als vorhanden vorausgesetzte Vorschrift fehlen, daß auch Betriebsgegenstände trotz höheren Wertes oder höheren Börsen- oder Marktpreises nicht über den Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden dürfen. — Die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert" in Ziff. 3 sind im Sinne von „ohne Rücksicht auf einen etwa geringeren Wert" auszulegen, Ziff. 3 daher an sich sowohl dann, wenn der Wert geringer, wie auch wenn er höher ist als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis, zur Anwendung zu bringen (ebenso Simon §. 97 gegen wiederholte Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts).

d. **Wenn ein Anschaffungs- oder Herstellungspreis vorhanden, darf kein diesen Preis übersteigender Betrag eingesetzt werden.** Diese Bestimmung ist den Ziffern 1, 2 und 3 des §. 261 gemeinsam. Nicht aber ist auch der umgekehrte Satz richtig, daß nie ein geringerer Betrag als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis eingesetzt zu werden brauche; in dieser Beziehung gilt vielmehr bezüglich jeder der drei Gruppen von Vermögensgegenständen Verschiedenes.

e. **Aus dem Vorstehenden ergiebt sich folgende Übersicht** über die Grenzen für die Bewertung der Vermögensgegenstände mit Anschaffungs- oder Herstellungspreis in der Bilanz der A.G.:

1. Gegenstände, die zur Veräußerung bestimmt sind, müssen angesetzt werden zu demjenigen Betrage, welcher von den drei folgenden der niedrigste ist:
   α. Börsen- oder Marktpreis, wenn ein solcher vorhanden und es sich um Wertpapiere oder Waren handelt; §. 261 Ziff. 1.
   β. Anschaffungs- oder Herstellungspreis ohne Berücksichtigung der Abnutzung; §. 261 Ziff. 1 und 2.
   γ. Wert; §. 40 Abs. 2 (= besonderer Veräußerungswert; oben Anm. VI a).
2. Gegenstände, die dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, können nach Wahl des Bilanzaufstellers angesetzt werden:
   A. entweder zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis unter Berücksichtigung der Abnutzung; §. 261 Ziff. 3,
   B. oder (oben Anm. VI c) zu demjenigen Betrage, welcher von den drei folgenden der niedrigste ist:
      α. Börsen- oder Marktpreis, wenn ein solcher vorhanden und es sich um Wertpapiere oder Waren handelt; §. 261 Ziff. 1.
      β. Anschaffungs- oder Herstellungspreis ohne Berücksichtigung der Abnutzung; §. 261 Ziff. 1 und 2.
      γ. Wert; §. 40 Abs. 2 (= besonderer Gebrauchswert; oben Anm. VI a).

VII. Bilanzansatz bei Wertpapieren und Waren mit Börsen- oder Marktpreis (§. 261 Ziff. 1).

a. Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben.

1. Wertpapiere. Vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1 e, §. 179 Anm. IV b. Mit Recht bemerkt Simon, Bilanzen §. 93 Anm. 55, es könne nicht anerkannt werden, daß die Bezeichnung „Wertpapiere“ (welche an dieser Stelle in das Aktiengesetz v. 1884 aufgenommen ist) richtiger sei als das „kurshabende Papiere“ des Aktiengesetzes v. 1870.
2. Waren. Vgl. §. 1 Anm. III C Ziff. 1 d. Über den Bilanzansatz bei Halbfabrikaten und selbstgewonnenen Rohstoffen vgl. unten Anm. VIII b 2.
3. Die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Vgl. oben Anm. IV.
4. Sie müssen auch einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben; anderenfalls ist §. 261 Ziff. 1 nicht anwendbar (oben Anm. VI b).
5. Unerheblich ist, ob es sich um Veräußerungs- oder um Betriebsgegenstände handelt; nur ist für letztere in §. 261 Ziff. 3 auch eine andere Bewertungsart gestattet (oben Anm. VI c).

b. Bilanzansatz. Vgl. Übersicht in Anm. VI e.

1. Höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreis des Zeitpunkts, für welchen die Bilanz aufgestellt wird. Börsen- oder Marktpreis vgl. oben Anm. IV. Sehr selten wird es thatsächlich zur Einsetzung des vollen Börsen- oder Marktpreises kommen dürfen, weil fast stets der besondere Wert (unten zu 3) niedriger sein wird, da bei Berechnung des letzteren (Simon, Bilanzen S. 361) noch die Kosten der Veräußerung von dem Börsen- oder Marktpreise in der Regel abzuziehen sein werden. Der Zeitpunkt, für welchen die Bilanz (oben Anm. III) aufgestellt wird, ist für die Jahresbilanz (§. 260 Anm. II a) der Schluß des Geschäftsjahrs (§. 39 Abs. 2), also wenn dieses sich an die Tageseinteilung anschließt, die Mitternacht am Schluß des letzten Tages (Simon, Bilanzen S. 357). Da für diesen Zeitpunkt in der Regel kein bestimmter Börsen- oder Marktpreis (der doch eine Thatsache, keine Schätzung sein soll, oben Anm. IV b) ermittelt sein wird, so ist maßgebend der Börsen- oder Marktpreis an demjenigen nächstvorhergehenden nicht zu entfernten Tage, für welchen er ermittelbar ist, soweit nicht aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß der Preis sich inzwischen geändert haben würde (oben Anm.

IV d), in welch letzterem Falle überhaupt kein Börsen- oder Marktpreis als vorhanden anzusehen ist. Jener nächstvorhergehende Tag braucht nicht immer der letztvorhergehende zu sein (Simon S. 357). Werden umgekehrt für besondere Zeitabschnitte des letzten Tages verschiedene Börsen- oder Marktpreise ermittelt, so ist nur der für den letzten Zeitabschnitt dieses Tages ermittelte maßgebend (Simon, S. 357).

2. Höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis. „Höchstens" vgl. oben Anm. VI a 2 und nachstehend zu 3. Anschaffungs- oder Herstellungspreis vgl. oben Anm. V.

3. Zu dem besonderen (oben Anm. VI a 1) Wert des Gegenstandes für die betreffende Aktiengesellschaft, es sei denn, daß der Börsen- oder Marktpreis oder der Anschaffungs- oder Herstellungspreis geringer ist als jener Wert. Dies folgt aus der Regel des §. 40 (oben Anm. VI a) in Verbindung damit, daß der §. 261 Ziff. 1 nur Höchstbegrenzungen enthält (M. 171). Ist der besondere Wert 10, der Börsenpreis 12, der Anschaffungspreis 20, so darf nicht etwa beliebig zwischen 10 und 12 oder unter 10, sondern es muß 10 angesetzt werden (oben Anm. VI a 1). Ist der besondere Wert 15, der Börsenpreis 12, der Anschaffungspreis 20, so darf nicht unter 12, sondern es muß 12 angesetzt werden. Ob der besondere Veräußerungswert oder der besondere Gebrauchswert zu berücksichtigen, hängt davon ab, ob der betreffende Gegenstand zur Veräußerung oder zum Gebrauch bestimmt ist (oben Anm. VI a 1).

VIII. Bilanzansatz bei „anderen Vermögensgegenständen" (§. 261 Ziff. 2).

a. **„Andere Vermögensgegenstände"** im Gegensatz zu denen des §. 261 Ziff. 1 sind die Vermögensgegenstände, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, und diejenigen Vermögensgegenstände mit Börsen- oder Marktpreis, welche nicht Wertpapiere oder Waren sind. Von diesen kommen jedoch nur diejenigen in Betracht, welche einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben (oben Anm. VI b). Unerheblich ist, ob es sich um Veräußerungs- oder Betriebsgegenstände handelt; nur ist für letztere in §. 261 Ziff. 3 auch eine andere Bewertungsart gestattet (Anm. VI c). „Vermögensgegenstand" vgl. §. 40 Anm. II, §. 186 Anm. III a 2, II a, Simon, Bilanzen §. 47.

b. **Bilanzansatz.** Vgl. Übersicht in Anm. VI e.

1. Höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis. Vgl. oben Anm. VII b 2.

2. Zu dem besonderen Wert des Gegenstandes für die betreffende Aktiengesellschaft, es sei denn, daß der Anschaffungs- oder Herstellungspreis geringer ist als jener Wert. Vgl. oben Anm. VII b 3. Demgemäß ist bei denjenigen Halbfabrikaten, die als solche keinen Marktpreis haben, wenn die im Betrieb befindliche Gesellschaft deren Fertigstellung besorgt, der in Betracht kommende Wert der Veräußerungspreis der fertigen Ware abzüglich der auf die Fertigstellung noch zu verwendenden Kosten; dieser oder der Herstellungspreis sind einzusetzen, je nachdem, welcher von beiden der niedrigere ist (Simon, Bilanzen S. 362; dagegen Ring Art. 185a Anm. 7 S. 608, Pinner Anm. V 2a, welche nur den Herstellungspreis für maßgebend erachten). Ebenso bei selbstgewonnenen, noch nicht verarbeiteten Rohstoffen ohne Börsen- oder Marktpreis (R.G. XI, 162: „Der Regel nach nur zu dem Herstellungspreise anzusetzen").

IX. Zulässiger Bilanzansatz bei Betriebsgegenständen (§. 261 Ziff. 3).

a. **Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind.** Vgl. §. 207 Anm. I b.

1. Anlagen und sonstige Gegenstände. „Gegenstände" in Ziff. 3 ist gleichbedeutend mit „Vermögensgegenstände" (oben Anm. VIII a) in Ziff. 2. Die

Gegenstände können beweglich sein. Auch Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sind fähig, Betriebsgegenstände zu sein; so sind dies z. B. die Aktien einer anderen Gesellschaft, welche von der bilanzaufstellenden Gesellschaft angekauft sind, um dauernd einen Einfluß auf den Betrieb jener anderen Gesellschaft zu gewinnen, ebenso Wertpapiere, welche seitens der A.G. als Sicherheit für Erfüllung von Konzessionsbedingungen hinterlegt sind (Simon §. 86). Andererseits ist nicht jeder unbewegliche Gegenstand Betriebsgegenstand, so z. B. in der Regel nicht (vgl. §. 207 Abs. 5) die Grundstücke der Grundstücksgesellschaften, oder Grundstücke, welche in der Zwangsversteigerung erstanden werden mußten. Näheres bei Simon, Bilanzen §§. 86, 96.

2. Dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt. Diese bejahenden Worte sind die allein maßgebenden. Die hinzugefügten verneinenden Worte „nicht zur Weiterveräußerung bestimmt" haben keine selbständige Bedeutung, sollten vielmehr nur durch Ablehnung des zweiten Hauptfalles jene ersteren Worte näher erläutern; sie hätten, ohne den gewollten Sinn zu ändern, fortbleiben können (wie in §. 207 Abs. 1). Hieraus folgt, daß Gegenstände, welche nicht dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind, nicht unter §. 261 Ziff. 3 fallen, gleichgiltig, ob sie zur Weiterveräußerung bestimmt sind oder nicht; daher nicht die „zum vorübergehenden Gebrauch" bestimmten (Simon, Bilanzen S. 327) oder die im Betrieb schnell zu verbrauchenden, wie z. B. die gewöhnlichen Vorräte an Feuerung (ebenso Esser Anm. 4 und im Ergebnis Simon §. 86 Anm. 9; dagegen Ring Art. 185a Anm. 7 S. 609).

3. Bestimmt. Erheblich ist nur die seitens des Geschäftsherrn getroffene Bestimmung. Gleichgiltig ist, ob der Gegenstand thatsächlich dem Betriebe dient (Simon, Bilanzen S. 327). Die Bestimmung kann wechseln, und mit ihr wechseln die Grundsätze, welche für den Bilanzansatz des betreffenden Gegenstandes in Betracht kommen (oben Anm. VIa 1).

4. Der Gegenstand muß einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben (oben Anm. VIb). Über die Frage, ob dies insbesondere für eingelegte Gegenstände zutrifft, vgl. oben Anm. Va, VIb.

b. **Zulässiger Bilanzansatz.** Vgl. Übersicht in Anm. VIe.

1. „Dürfen". Dem Bilanzaufsteller steht frei, ob er von der in §. 261 Ziff. 3 zugelassenen Art des Ansatzes Gebrauch machen will. Wählt er nicht diese Art des Ansatzes, so kommen die allgemeinen Regeln über den Wertansatz, einschließlich des §. 261 Ziff. 1, 2, auch für den Bilanzansatz von Betriebsgegenständen zur Anwendung (oben Anm. VIc). — Trotz des nicht einschränkenden Wortlauts des Gesetzes hält Simon, Bilanzen §. 97 die Gesellschaft für verpflichtet — wenn auch der Wortlaut des Gesetzes eine strafrechtliche Verantwortung ausschließe —, von der Befugnis des §. 261 Ziff. 3 keinen Gebrauch zu machen, wenn der Betriebsgegenstand sich dauernd als unrentabel oder wenig rentabel erweist, so daß der Buchwert in auffälligem und dauerndem Mißverhältnis zum Gebrauchswert („Rentabilitätswert") stehe. Dem ist nicht beizustimmen. Jedenfalls kann wohl kein Unterschied zwischen Strafrecht und Zivilrecht gemacht werden, da ersteres in dieser Beziehung sachlich auf letzteres zurückverweist. Eine in §. 261 Ziff. 3 nicht vorhandene Einschränkung kann aber in denselben nicht hineingelegt werden. Bei dessen Regeln handelt es sich in erster Reihe nur um die Frage, wieviel verteilt werden darf (oben Anm. II). Die durch jene Einschränkung erstrebte Sicherung gegen Mißbräuche liegt in den Vorschriften des §. 240, wenn er bezüglich des §. 261 Ziff. 3 so, wie diesseits vertreten (§. 240 Anm. Ia), ausgelegt wird. Im eigenen Interesse der Gesellschaft wird es allerdings liegen, von der Befugnis des §. 261 Abs. 3 freiwillig nicht Gebrauch zu machen bei auf-

fälligem Mißverhältnis zwischen „Wert" und „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung" (Staub Art. 185a §. 13 S. 605). — Vgl. auch unten zu 4.

2. „Ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert." Diese Worte sind begrifflich überflüssig und sollten nur der Klarstellung dienen. Sie schließen daher nicht die Zulässigkeit eines Bilanzansatzes gemäß §. 261 Ziff. 3 für den Fall aus, daß der Wert höher ist als der Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung (oben Anm. VIc). Über die Frage, was hier unter „Wert" zu verstehen, vgl. oben Anm. VIa 2. — Bei Berechnung des Werts von Betriebsanlagen wird der Durchschnittsertrag wesentlich ins Gewicht fallen (R.G. XIX, 121).

3. Anschaffungs- oder Herstellungspreis. Vgl. oben Anm. V.

4. Abnutzung. Sie kann durch Bestandteilsverringerung (z. B. bei Bergwerken) oder durch Brauchbarkeitsverringerung erfolgen (Simon, Bilanzen §. 100). Unter „Abnutzung" ist nicht nur die Abnutzung eines körperlichen Gegenstandes, sondern — obwohl das Wort hierauf schlecht paßt (Simon S. 402) — auch die Abnutzung eines Rechts oder eines anderen unkörperlichen Gegenstandes zu verstehen. So namentlich die durch Zeitablauf eintretende Abnutzung von Rechten, welche nur auf beschränkte Dauer erworben sind, wie z. B. Patentrechte oder Rechte der Straßenbahn-, Gas-, Wasser-, Elektrizitätsgesellschaften auf Mitbenutzung von Straßenland (vgl. Simon S. 400 ff.).

Simon a. a. O. will noch weiter gehen. Im Anschluß an die Fassung des Preußischen Gewerbesteuergesetzes v. 24. Juni 1891 (G.S. 205) §. 22 stellt er der Abnutzung gleich jede Wertverminderung, durch welche der Gebrauchswert („Betriebswert") für die Gesellschaft herabgedrückt oder vernichtet wird. Namentlich also auch eine Wertsverminderung, welche dadurch eintritt, daß angeschaffte Maschinen infolge nachträglicher anderweiter Erfindungen weniger wettbewerbsfähig werden.

Hier soll dahingestellt bleiben, ob eine dahingehende Bestimmung gesetzgeberisch sich empfehlen würde. Zu beachten ist jedenfalls, daß wenn man zugeben wollte, eine Wertsminderung von Maschinen infolge anderweiter Erfindung besserer Maschinen sei als Abnutzung einzusetzen, nicht einzusehen wäre, warum nicht auch eine Wertsminderung infolge voraussichtlich längere Zeit andauernder schlechter Fabrikationsbedingungen als Abnutzung angeschrieben werden müßte, denn auch hierin liegt eine wirkliche Minderung des besonderen Gebrauchswerts, da für den Geschäftsherrn dieser Wert geringer ist, wenn die Maschinen erst nach Jahren lohnend arbeiten können, als wenn dies sofort geschieht. Werden die Fabrikationsbedingungen später besser, so müßten die Abschreibungen wieder entsprechend herabgesetzt werden. Dadurch würden aber schwer nachzuprüfende Schätzungen an die Stelle der durch §. 261 Ziff. 3 in den Vordergrund geschobenen Thatsachen treten.

Für den Wortlaut des geltenden §. 261 ist der Ansicht Simons nicht beizutreten. Wäre die Ansicht Simons richtig, so wäre der „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung" des §. 261 Ziff. 3 stets gleichbedeutend mit dem „besonderen Gebrauchswert" (oben Anm. VIa 1) — so folgerichtig Simon §. 107; dagegen jedoch S. 366, was Simon S. 409 allerdings als Ausnahme angesehen wissen will, welche Ausnahme aber, wenn Simons Vorschrift über Abschreibungen wegen Wertverminderung befolgt wird, nie vorkommen könnte. Ist aber „Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich Abnutzung" gleich dem „besonderen Gebrauchswert", so hätten, wenn man für Betriebsgegenstände in §. 40 „Wert" als „besonderer Gebrauchswert" auslegt (oben Anm. VI a 1), die Worte „ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert" in §. 261 Ziff. 3 einen Sinn nur, wenn man hier „Wert" als „Veräußerungswert" versteht — so folgerichtig

Simon S. 315 —, welche Auslegung indessen wegen der in jenen Worten liegenden Verweisung auf §. 40 unannehmbar ist (oben Anm. VI a 2). Ferner würde aber aus Simons Ansicht folgen, daß §. 261 Ziff. 3 gar keine Ausnahme von §. 40, vielmehr nur eine Klarstellung desselben in einem Einzelpunkte (Ansatz von Betriebsgegenständen) enthalten würde, denn auch § 40 bestimmt nach richtiger (von Simon vertretener) Ansicht, daß für Betriebsgegenstände der besondere Gebrauchswert anzusetzen ist (oben Anm. VI a 1). Enthielte aber §. 261 Ziff. 3 keine Ausnahme von §. 40, so wären auffällig (wenn auch nicht unmöglich; vgl. §. 261 Ziff. 4, 5) die Worte „mit folgenden Maßgaben" im Eingang des §. 261; unerklärlich aber wäre das „dürfen" in §. 261 Ziff. 3. Denn welche andere Art des Ansatzes wäre denn — wie hier unzweideutig vorausgesetzt — zulässig? Simon — von seinem Standpunkt, wonach §. 261 Ziff. 1, 2 stets unanwendbar an Betriebsgegenstände ist (Bilanzen §. 85) — muß, wenn wir nicht irren, hierauf die Antwort schuldig bleiben. Aber selbst von dem diesseits vertretenen gegenteiligen Standpunkt (oben Anm. VI c) würde als einzig möglicher Fall der Zulässigkeit einer anderen Art des Ansatzes übrig bleiben, daß diejenigen Betriebsgegenstände, welche Wertpapiere oder Waren sind und einen Börsen- oder Marktpreis haben, der niedriger ist als der besondere Gebrauchswert, zu jenem niedrigeren Börsen- oder Marktpreis angesetzt werden dürfen; es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen letzteren seltenen Ausnahmefall im Auge gehabt hätte.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß wenn man die Ansicht Simons zu §. 40 zu Grunde legt, man nicht zu §. 261 Ziff. 3 seiner ausdehnenden Auslegung des Worts „Abnutzung" folgen darf. Hat eine Straßenbahn Geleise gelegt, welche sich abnutzen und nach 15 Jahren unentgeltlich der Stadtgemeinde zu überlassen sind, so sind nicht von dem Herstellungspreis der Geleise jährlich ein Betrag für körperliche Abnutzung und $^1/_{15}$ mit Rücksicht auf den Zeitablauf abzuschreiben. Vielmehr ist auf dem Geleisekonto nur die erstere Abschreibung zu machen. Es ist aber ferner als besonderer Vermögensgegenstand das 15jährige Gebrauchsrecht einzusetzen und als Anschaffungspreis dieses Gebrauchsrechts der Herstellungspreis der Geleise (und etwaiger Pflasterungskosten u. s. w.) abzüglich 15maliger Abschreibung für körperliche Abnutzung; auf dem Konto dieses Gebrauchsrechts ist dann jährlich $^1/_{15}$ des so berechneten Anschaffungspreises abzuschreiben. Hält man so beides, die körperlichen Gegenstände und das Recht, auseinander, so ergiebt sich auch äußerlich, daß bei Abschreibungen für Abnutzung kein Raum ist für die Berücksichtigung einer nicht gleichmäßig über einen längeren Zeitraum verteilt, sondern durch einzelne unvorhersehbare Ereignisse eintretenden Wertverminderung von Betriebsgegenständen. In §. 261 Ziff. 3 ist gerade die Vorschrift zu erblicken, daß derartige Minderungen nicht berücksichtigt zu werden brauchen, wenngleich sie berücksichtigt werden dürfen. Über die Frage, ob etwa bei besonders starken derartigen Minderungen trotz des §. 261 Ziff. 3 eine Berücksichtigung gefordert werden muß, vgl. oben Anm. IX b 1. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bilanzgenehmigungsbeschluß wegen Einstellung eines zu hohen Abnutzungsbetrages in die Bilanz angefochten werden kann, vgl. §. 260 Anm. II b. — Keine Abnutzung steht in Frage, wenn durch ein nicht regelmäßig wiederkehrendes Ereignis (z. B. durch einen Brand) ein Betriebsgegenstand beschädigt wird oder teilweise untergeht; in solchen Fällen ist der Bilanzansatz des Gegenstandes einmalig verhältnismäßig herabzusetzen.

5. Ein der Abnutzung gleichkommender Betrag. Vgl. Simon, Bilanzen, §§. 100—103. Ist eine Abnutzung nicht vorhanden (wie in der Regel bei Grund und Boden) oder unmerkbar klein (wie z. B. bei auf absehbare Zeit unerschöpf-

lichen Bergwerken), so ist der Betrag, welcher der Abnutzung gleichkommt, = 0, daher keine Abschreibung erforderlich (vgl. Simon S. 381). Der vorgeschriebene geschäftsjährliche Abschreibungsbetrag wird dargestellt durch einen Bruch, dessen Zähler gleich ist dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis (also dem ursprünglichen Bilanzansatz, nicht etwa dem geringeren Wert) abzüglich des Verkaufswerts der Rückstände nach vollendeter Abnutzung (welche letzteren bei Abnutzung durch Bestandteilsverringerung in der Regel = 0 sein werden), und dessen Nenner die Anzahl der Geschäftsjahre ist, in welchen sich die Abnutzung voraussichtlich vollziehen wird (vgl. Simon S. 384). Wechselt die Stärke der Abnutzung je nach der Stärke des Betriebes in verschiedenen Jahren, so kann dies z. B. dadurch in Rechnung gestellt werden, daß nur ein Teil des Zählers (z. B. $^3/_4$) wie vorstehend, der übrige Teil desselben ($^1/_4$) aber als Prozentsatz der Roh-Betriebseinnahmen des betreffenden Jahres berechnet wird (vgl. Simon S. 394). — Für die im Laufe des Geschäftsjahres hinzugekommenen Gegenstände ist bereits am Schluß dieses Geschäftsjahrs die Abnutzung nach dem Verhältnis der Benutzungszeit zu berücksichtigen (Simon S. 386). — Der Herstellungspreis von Verbesserungen und Erweiterungen ist dem Konto des Gegenstandes zuzuschreiben (Simon S. 395); nur ist zu beachten, daß dann auch der jährlich abzuschreibende Abnutzungsbetrag in der Regel zu erhöhen sein wird, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Verbesserung in der Regel nur noch während der übrigen Brauchbarkeitsdauer des verbesserten Gegenstandes brauchbar bleibt. Ausbesserungskosten können in derselben Weise gebucht werden; doch werden kleinere derartige Kosten meist als Jahresverlust gebucht (Simon S. 394). — Eine freiwillig zu hohe Abschreibung, sei es daß sie in der Satzung (z. B. durch Feststellung von Bewertungsgrundsätzen) angeordnet ist oder nicht, enthält eine stille (d. h. äußerlich nicht hervortretende) Rücklage. Bezüglich derselben gilt dasselbe wie bezüglich freiwilliger Reservefonds, d. h. äußerlich kenntlich gemachter Rücklagen (§. 262 Anm. III).

6. In Abzug gebracht oder ein entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht. Da der Erneuerungsfonds nichts in Wirklichkeit für sich selbst Bestehendes, sondern nur ein Bilanzposten zur rechnungsmäßigen Berichtigung eines anderen Bilanzpostens ist (unten Anm. XI c), so ist — abgesehen von etwaigen nur auf die eine dieser Buchungsarten Bezug nehmenden Satzungs- oder Vertragsbestimmungen — völlig unerheblich, welche der beiden Buchungsarten gewählt wird.'

X. Kosten der Errichtung und Verwaltung (§. 261 Ziff. 4). Streitig ist, wie die Vorschrift des §. 261 Ziff. 4 zu verstehen. Der Art. 185a Ziff. 4 A.D.H. lautete:

„Die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva, müssen vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen."

Der Entwurf I und II zum H.G.B. übernahm nur den verneinenden Teil in folgender Form:

„Die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden."

In der Reichstagskommission, vermutlich durch deren Redaktionskommission, wurde das Wort „Organisation" durch das Wort „Errichtung" ersetzt, ohne daß aus den Protokollen etwas über den Grund der Änderung oder die Fassung eines Beschlusses über dieselbe hervorgeht. Simon, Bilanzen §. 46 (ihm folgend Pinner Anm. V 2 d) vermutet nun, daß „Errichtung" nur ein Schreibfehler für „Einrichtung" sei, und daß letzteres Wort eine Verdeutschung für „Organisation" ohne Änderung des Sinnes sein solle; er folgert hieraus, daß der Sinn des jetzigen §. 261 Ziff. 4 derselbe sei wie derjenige des früheren Art. 185a Ziff. 4 A.D.H., und er legt den letzteren einschränkend

dahin aus, daß die bezeichneten Kosten nicht als solche unter den Aktiven erscheinen dürfen, daß dagegen nach allgemeinen Bilanzgrundsätzen zu entscheiden sei, ob derartige Kosten im Einzelfall als Teil von Anschaffungs- oder Herstellungskosten unter den Aktiven gebucht werden dürfen oder nicht. — Solange für das Vorliegen eines bloßen Schreibfehlers kein weiterer Beweis erbracht ist, wird man sich an den jetzigen Wortlaut halten müssen. Thut man dies, so ist aber auch für die Zukunft jene einschränkende Auslegung nicht mehr erforderlich, vielmehr wird das Verbot dahin auszulegen sein, daß die in §. 261 Ziff. 4 genannten Kosten überhaupt nicht als Aktiva eingestellt werden dürfen, weder als besonderer Posten, noch als Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Die „Kosten der Verwaltung" sind die „allgemeinen Unkosten", deren Nichteinstellbarkeit unter die Herstellungskosten bereits oben (Anm. V c) erörtert ist. „Errichtung" vgl. §. 182 Anm. III a. Die „Kosten der Errichtung" in diesem Sinne stehen auf gleicher Stufe mit den Kosten der allgemeinen Verwaltung. Im einzelnen kann allerdings zweifelhaft sein, was hierzu zu rechnen ist. Simon S. 165 will hierzu zählen die Kosten der Gründungsverhandlung und außerdem höchstens diejenigen der Eintragung, Aktienausfertigung u. dgl. Die letzteren beiden Posten werden wohl schon als „Kosten der Verwaltung" anzusehen sein (vgl. auch §. 186 Anm. V). Über die Anrechenbarkeit andersartiger Aufwendungen für die Gründung unter den Anschaffungskosten bestimmter einzelner hierdurch für die Gesellschaft erworbener Gegenstände vgl. oben Anm. V b. Über die Abzugsfähigkeit von Kosten der „Ausgabe von Aktien" bei Überweisung des Aufgeldes zum Zwangsreservefonds vgl. §. 262 Anm. II b 2. — Als „Kosten der Organisation" bezeichnete R.O.H. XX, 217 diejenigen „für die In-Gang-Setzung des Betriebes und für deren Vorbereitung, oder bei Eisenbahn-Gesellschaften diejenigen sogenannten Generalkosten, welche, wenn nicht schon vorher gemacht, die Gesellschaft behufs Bauausführung selbst machen müßte, wie für die Vorarbeiten, Tracierungen u. s. w."

XI. **Aufnahme des Grundkapitals und jedes Reserve- und Erneuerungsfonds unter die Passiva (§. 261 Ziff. 5).**

a. **Grundkapital.** Vgl. §. 178 Anm. II.

1. Allgemeines. Der Betrag des Grundkapitals ist dauernd in unveränderter Höhe einzusetzen, insbesondere ohne Zuschreibung von Gewinn oder Verlust. Der Zweck dieser Buchungsart ist insbesondere, zu verhindern, daß ein in dem einzelnen Jahre erzielter Gewinn in der Bilanz als Gewinn hervortritt, ehe die Verluste vergangener Jahre ergänzt oder durch Herabsetzung des Grundkapitals ausgeglichen sind.
2. Erhöhung oder Herabsetzung. Eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals ist zu berücksichtigen, wenn vor dem Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß eingetragen (§. 277 Abs. 3) und die Erhöhung oder Herabsetzung zu jenem Zeitpunkt thatsächlich erfolgt (wenn auch noch nicht eingetragen) war (§. 278 Anm. II). Unberührt durch diese Buchungsart bleibt jedoch das Verbot des §. 289 Abs. 4 betreffend die vorzeitige Leistung von Zahlungen an Aktionäre auf Grund der Herabsetzung (§. 289 Anm. IV d).
3. Einziehung von Anteilrechten. Vgl. §. 227 Anm. I c.
4. Vor Vollzahlung. Das Grundkapital ist in voller Höhe einzustellen, auch wenn die Einlagen auf dasselbe noch nicht voll bewirkt sind (R.G. XXVII, 10, Simon, Bilanzen S. 207, Staub Art. 185a §. 17 S. 606, Esser Anm. 6; dagegen Behrend §. 130 Anm. 3, Ring Art. 185a Anm. 14 S. 620, Pinner Anm. II, 4; beide Arten des Ansatzes erachtet für zulässig M. 174 Anm. 1; dahingestellt R.G. in Strfs. XXVI, 106). Die ausstehenden Forderungen auf Einzahlung sind dann (in Höhe ihres Werts) unter den Aktiven zu berück-

sichtigen (warum dies, wie Pinner Anm. II, 4 annimmt, dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift direkt widerspreche, ist nicht erkennbar). Bei Berechnung des Werts der Einzahlungsforderungen ist zu berücksichtigen auch der Wert der ergänzenden Rechte aus §§. 202 ff., 220 (Simon S. 208). Daß die Jahresbilanz erkennbar machen müsse, in welcher Höhe die gezeichneten Einlagen geleistet seien, folgert R.G. in Strss. XXVI, 105 aus der Bestimmung der Bilanz, über die Vermögenslage thunlichst vollständigen Aufschluß zu geben (vgl. jedoch oben Anm. II). Eine solche Erkennbarmachung kann z. B. durch getrennte Aufführung der Einlageforderungen erfolgen.

b. **Die Reservefonds.** Vgl. Simon, Bilanzen §§. 59 ff. Insbesondere über notwendige Reservefonds vgl. §. 262 Anm. I, II, §. 289 Anm. IV d, über freiwillige Reservefonds §. 262 Anm. III.

1. Eigenschaft als Kapitalkonten. Die Reservefonds sind Kapitalkonten (Simon S. 227). Sie und der etwaige Gewinn auf Gewinn- und Verlustkonto stellen den verhältnismäßig beweglichen Teil des Kapitals der A.G. dar, im Gegensatz zu dem durch die Buchung des Grundkapitals festgehaltenen unbeweglichen Teil. Aus der Eigenschaft der Reservefonds als Kapitalkonten folgt ohne weiteres die Notwendigkeit ihrer Einsetzung unter die Passiva, da nur durch diese Buchungsart ein Gegenposten für das dem Fonds entsprechende Vermögen herstellbar ist. Dem Bilanzposten eines Reservefonds (ebenso wie demjenigen des Grundkapitals, § 178 Anm. II a) entspricht an sich keine von dem übrigen Vermögen der A.G. getrennte Vermögensmasse (K.B. 25; Simon S. 230; vgl. §. 262: „ist einzustellen"). Richtiger wäre daher die Vermeidung der Bezeichnung als „Fonds". Die Bezeichnung als „Bestand" (Keyßner Z.f.H. Bd. 48 S. 516 Anm. 11) ist nicht weniger irreführend. Eher wäre „Rücklagebetrag" als Bezeichnung der Endsumme des „Rücklagekonto" zu empfehlen. — Über die Vorschrift einer Anlegung des Reservefonds vgl. unten zu 4.

2. Unterscheidung von den Bewertungskonten. Die Reservefonds sind streng zu scheiden von den Bewertungskonten (unten Anm. XI c), welche — häufig unter ähnlichen oder gleichen Benennungen wie die Reservefonds — nicht einem wirklichen Kapital entsprechen, sondern nur einen Bilanzposten darstellen, der durch seine Einstellung den sachlich zu hohen Ansatz eines auf der anderen Seite der Bilanz befindlichen Postens ausgleichen und so unschädlich machen soll (vgl. Simon S. 228). Ob ein Reservefonds oder ein Bewertungskonto vorliegt, ist Thatfrage; auch kann ein einzelner ungetrennter Bilanzansatz für einen Teil dieses Ansatzes als Reservefonds, für einen anderen Teil als Bewertungskonto gemeint sein (Simon S. 133, 141, 228). Die Reservekonten entstehen durch (buchmäßige) Überweisung von Gewinn oder Teilen neu hinzutretenden Gesellschaftsvermögens, die Bewertungskonten durch (buchmäßige) Überweisung von Teilen des Stammvermögens; daraus folgt, daß ersteren nur etwas überwiesen werden kann, wenn etwas verdient ist oder neues Gesellschaftsvermögen hinzutritt, daß dagegen den letzteren eine Überweisung selbst dann zugeschrieben werden muß, wenn mit Verlust gearbeitet worden ist (vgl. Simon S. 136). Beide Arten von Konten werden unter der Bezeichnung „Rücklage" im Gesetz zusammengefaßt (vgl. §. 237 Anm. II b).

3. Zweck. Der unmittelbare Zweck der Anlegung eines Reservefonds ist die Zurückbehaltung von Beträgen, welche an sich zur Verteilung unter die Aktionäre geeignet wären, in dem Vermögen der Gesellschaft, also die Vermehrung des ursprünglichen Kapitals; der mittelbare Zweck ergiebt sich aus denjenigen Voraussetzungen, unter denen die Verminderung oder gänzliche Aufhebung des betreffenden Reservefonds herbeigeführt werden darf oder muß (Simon S. 234).

4. Anlegung. Wird in der Satzung oder anderweit eine bestimmte Art, wie der betreffende Reservefonds anzulegen ist, vorgeschrieben, so hat dies nur die Bedeutung, daß ein Teil des Vermögens der A.G., welcher seiner Höhe nach dem Reservefonds gleichkommt, aus Gütern bestimmter Art bestehen soll; infolge des Schwankens im Wert jener Güter wird eine solche Anweisung in der Regel nur ungefähr, nicht genau eingehalten werden können (vgl. Simon S. 230, O.L.G. Dresden v. 21. Jan. 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 238; bezüglich freiwilliger Reservefonds abweichend Pinner Anm. III 5). Der Bilanzansatz des Reservefonds sinkt in diesem Fall nicht bereits bei Sinken des Werts solcher Anlagen. Ebensowenig steigt an sich der Bilanzansatz des Reservefonds durch Zinsen oder Kursgewinne, welche auf die Gegenstände entfallen, in denen die Anlegung erfolgt ist (K.B. 25, Simon S. 281). Der Art. 185c Abs. 2 A.D.H. lautete: „Im Übrigen werden die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen, Reservefonds zu bilden und anzulegen sind und die Prüfung der Bilanz zu erfolgen hat, durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt." Hierzu bemerkt die Denkschr. 149: „Der Abs. 2 des bisherigen Art. 185c ist gestrichen. . . . Die Vorschrift ist entbehrlich, übrigens insofern auch nicht zutreffend, als die bezeichneten Grundsätze keineswegs nur im Gesellschaftsvertrage, sondern unter Umständen durch einfache Beschlüsse der Generalversammlung oder durch Anweisungen des Aufsichtsrats festgestellt werden können."

c. **Die Bewertungskonten.** Vgl. Simon, Bilanzen §§. 37 ff. Die in §. 261 Ziff. 5 genannten **Erneuerungsfonds** sind nur ein Beispiel der Bewertungskonten; alle letzteren sind einander in der hier fraglichen Beziehung völlig gleich; im Gesetz ist jenes Beispiel nur darum besonders hervorgehoben, weil bei ihm ein Irrtum in der Buchungsart besonders nahe lag. Über das Wesen der Bewertungskonten im Gegensatz zu den Reservekonten vgl. oben Anm. XIb 2. Die Bewertungsberichtigung kann sich auf den Bilanzansatz von Forderungen, von anderen Vermögensgegenständen oder von schwebenden Geschäften beziehen. Im ersteren Fall wird das Bewertungskonto in der Regel als „Delkrederefonds" (R.G. XXII, 162) oder als „Reserve für zweifelhafte Forderungen" (R.O.H. XXV, 326) bezeichnet, den zweiten Fall hat der Gesetzgeber bei dem Namen „Erneuerungsfonds" im Sinne (vgl. §. 261 Ziff. 3). In der kaufmännischen Übung kommen, insbesondere für den zweiten und dritten Fall, sehr viele verschiedene Benennungen der Konten vor; auch was als „Spezialreserve" bezeichnet wird, kann unter Umständen in Wahrheit keinen Reservefonds, sondern ein Bewertungskonto darstellen (R.G. IV, 104). Die etwaige Vorschrift der „Anlegung" des Betrages von Bewertungskonten ist ebenso zu deuten wie bei Reservekonten (oben Anm. XIb 4). — Selten ist der Fall, daß der Wert eines Passivums der Bilanz durch ein Bewertungskonto berichtigt wird. In diesem Fall gehört dann das Bewertungskonto unter die Aktiven der Bilanz.

XII. **Besondere Angabe des Gewinns oder Verlustes (§. 261 Ziff. 6).** Vgl. Simon, Bilanzen §§. 23, 25, 70.

a. **Besondere Angabe.** Diese Vorschrift bewirkt eine Unterscheidung der Bilanz der A.G. von anderen auf Grund doppelter Buchführung aufgestellten Bilanzen. Bei den letzteren wird der Saldo des Gewinn- und Verlustkontos auf das Kapitalkonto des Geschäftsherrn übertragen und der so sich ergebende Betrag des Kapitalkontos in die Bilanz aufgenommen, so daß das Kapitalkonto dort so erscheint wie es sich zum Zeitpunkt, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, also in der Regel am Schluß des Bilanzjahrs stellt (Simon, Bilanzen S. 70). Bei der Aktiengesellschaft dagegen ist der Saldo des Gewinn- und Verlustkontos (§. 260 Anm. Vb) unmittelbar in die Bilanz zu übertragen (Simon S. 77), so daß dort — wenn dem Gesetz entsprechend gebucht wird — die Kapitalkonten unbeeinflußt durch den Gewinn oder Verlust des letztverflossenen Geschäftsjahrs erscheinen müssen, also in

dem Bestande, welchen sie zu Anfang des Geschäftsjahrs hatten, jedoch unter Berücksichtigung des vorjährigen Gewinnverteilungs- oder Verlustdeckungsbeschlusses (§. 260 Anm. III, §. 262 Anm. I c) und etwaiger im Laufe des Jahres erfolgten Erhöhungen oder Herabsetzungen des Grundkapitals (oben Anm. XI a 2) oder Verfügungen über freiwillige Reservefonds (§. 262 Anm. III b). Erst auf Grund der so festgestellten Bilanz hat dann bei der A.G. die Verteilung des Gewinns oder Verlustes stattzufinden, auch soweit diese Verteilung durch Zu- oder Abschreibung auf Kapitalkonten (Reservekonten, da das Grundkapitalkonto unverändert bleibt, oben Anm. XI a 1, b 1) erfolgt. Eine solche Verteilung braucht aber nach öffentlichem Recht überhaupt nicht stattzufinden, und in einzelnen Fällen (namentlich wenn Verlust vorhanden und die Reservekonten erschöpft sind) kann sie nicht stattfinden. Insoweit die Verteilung nicht stattfindet, ist der nicht verteilte Restbetrag des Gewinnes oder Verlustes auf das Gewinn- und Verlustkonto des künftigen Jahres vorzutragen. In einem etwaigen Gewinnvortrag liegt die Schaffung eines freiwilligen Reservefonds (Simon S. 248).

b. **Gewinn oder Verlust.** Aus der vorstehend (Anm. XII a) angegebenen Art, wie die Buchung zu erfolgen hat, ergiebt sich, daß der am Schluß der Bilanz angegebene „Gewinn oder Verlust" nicht notwendig der während des letzten Geschäftsjahrs (oder sonstigen von dem Gewinn- und Verlustkonto umfaßten Zeitraums) erzielte ist, sondern nur der während jener Zeit erzielte unter Hinzurechnung des etwaigen Gewinn- oder Verlustvortrages (d. h. des nicht verteilten Gewinnes oder Verlustes) aus dem Vorjahr (Simon, Bilanzen S. 78). Aus diesem Grunde ist „Gewinn" in §. 261 Ziff. 6 zu unterscheiden von „jährlicher Reingewinn" in §. 262 Ziff. 1 (§. 262 Anm. II a 1); doch wird an anderen Stellen des Gesetzes „Gewinn", „Reingewinn" und „Jahresgewinn" unterschiedslos gebraucht, und es muß bei jeder einzelnen Stelle besonders untersucht werden, was unter der betreffenden Bezeichnung zu verstehen ist (vgl. §§. 213—215, §. 237 Anm. I b).

§. 262. **Reservefonds.**

Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen:

1. von dem jährlichen Reingewinne mindestens der zwanzigste Theil so lange, als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Theil des Grundkapitals nicht überschreitet;
2. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag über diesen und über den Betrag der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten hinaus erzielt wird;
3. der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

A.D.H. Art. 239 b (185 b). **Entw. I** §. 239. **Entw. II** §. 255.

§. 262.

I. **Verwendungszweck des Zwangsreservefonds:** „Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes." Nur den Zwangsreservefonds (diese Bezeichnung empfiehlt Simon, Bilanzen S. 238) behandelt §. 262. Indem man diese Bezeichnung für den in §. 262 geregelten Reservefonds annimmt, darf doch nicht übersehen werden, daß noch ein anderer Zwangsreservefonds vorkommen kann, nämlich die gemäß §. 289 Abs. 4 zu bildende Rücklage in Fällen, in denen eine zwecks Rückzahlung oder Befreiung bewirkte Herabsetzung des Grundkapitals vor Ablauf des Sperrjahrs „erfolgt" (§. 289 Anm. IV d). Ferner ist zu beachten, daß streitig, ob der Zwangsreservefonds des §. 262 nur zu demjenigen Teile, welchen §. 262 als mindesten zu erreichenden Höchstbetrag vorschreibt, ein erzwungener ist (unten Anm. II a 3). Endlich kommen auch stille Zwangsrücklagen vor (§. 261 Anm. II). — Bezüglich der allen Reservefonds gemeinsamen Regeln vgl. §. 261 Anm. XI b, insbesondere über den unmittelbaren Zweck der Reservefonds §. 261 Anm. XI b 3.

a. **Bilanz.** In §. 261 bedeutet „Bilanz": „Jahresbilanz oder andere Bilanz" (§. 261 Anm. III), in §§. 263—265 nur: „Jahresbilanz" (§. 263 Anm. I a, §. 265 Anm. I b). Hiernach ist zweifelhaft, welche von beiden Bedeutungen das Wort in dem in der Mitte liegenden §. 262 hat. Simon, Bilanzen S. 244 setzt voraus, daß in §. 262 „Bilanz" auch die Eröffnungsbilanz einschließe, und daß mithin der Gründungsaufwand (§. 186 Anm. V), soweit er in die Eröffnungsbilanz als Verlust einzustellen ist (§. 261 Anm. V b), aus dem in die Eröffnungsbilanz als Reservefonds einzustellenden Aufgeld (unten Anm. II b) zu decken sei. Man wird aber wohl eher für das Gegenteil sich zu entscheiden und Bilanz nur im Sinne von „Jahresbilanz" zu verstehen haben, gerade um jene Folgerung auszuschließen, die wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. Hierfür spricht auch M. 175: „Vorausgesetzt ist also, daß bei Jahresschluß sich eine Unterbilanz herausstellt." In K.B. 26 ist wohl unter „Unterbilanz" gleichfalls nur eine am Jahresschluß sich ergebende verstanden.

b. **Verlust.** Versteht man in §. 262 Ziff. 1 „jährlicher Reingewinn" in dem Sinne von „in dem betreffenden Geschäftsjahre erzielter Gewinn ohne Rücksicht auf etwaigen Gewinn- oder Verlustvortrag" (unten Anm. II a 1), so wird man auch „Verlust" entsprechend auszulegen haben. Sind z. B. 5000 Mk. Gewinn vorgetragen, und hat das Jahr 20000 Mk. Verlust gebracht, so daß in der Bilanz ein „Verlust von 15000 Mk." erscheint, so würden nach der hier vertretenen Ansicht an sich die ganzen 20000 Mk. aus dem Zwangsreservefonds zu decken sein, und der Generalversammlung bliebe anheimgestellt, ob sie die vorgetragenen 5000 Mk. verteilen oder von neuem als Gewinn vortragen oder ob sie dieselben zur Deckung eines betreffenden Teiles des Verlustes und entsprechenden Entlastung des Zwangsreservefonds verwenden will. Dies allein würde auch der Auffassung des Gewinnvortrages als eines freiwilligen Reservefonds (§. 261 Anm. XII a) entsprechen (unten Anm. III b); denn dadurch, daß die Generalversammlung nicht sofort im Vorjahr verteilt hat, ist sie des Rechts zur Verteilung nicht für die Zukunft verlustig gegangen (und braucht insbesondere nicht die Feststellung der neuen Bilanz abzuwarten); das einmal erworbene Recht kann ihr aber durch künftige Ereignisse nicht wieder entzogen werden. Anders nur, insoweit der Bestand des Zwangsreservefonds nicht groß genug ist, um den Verlust zu decken (unten Anm. III b); denn dann ist überhaupt kein Gewinnüberschuß mehr vorhanden, selbst bei Berücksichtigung des angesammelten Gewinnes; nur der vorhandene und nicht bereits wieder verlorene Gewinnüberschuß darf aber verteilt werden (§. 215 Anm. III d). — Zuzugeben ist allerdings, daß bei dieser Auslegung die Worte „aus der Bilanz sich ergebend" nicht genau gewählt sind; doch liegt hierin nur ein aus Art. 185 b A.D.H. übernommener Mangel der Fassung, welcher wohl

nur versehentlich nicht so, wie es bezüglich des gleichen Fassungsmangels im früheren Art. 240 A.D.H. geschehen (§. 240 Anm. I a), berichtigt worden ist. (Vgl. §. 215 Abs. 1: „was sich nach der Bilanz als Reingewinn ergiebt.") — Nur zur Deckung eines (Jahres-)Verlustes darf nach zwingendem Recht der Zwangsreservefonds verwendet werden; nicht auch zur Deckung der Ausfälle in einem einzelnen Geschäftszweig, wenn als Ergebnis der ganzen Geschäftsführung ein Gewinnüberschuß verblieben ist. Über die Frage, ob in ersterem Fall der Zwangsreservefonds zur Deckung verwendet werden muß, vgl. unten Anm. I c.

c. **Deckung.** Die Deckung darf nicht bereits im Rahmen der Bilanz für den Schluß desjenigen Geschäftsjahres vorgenommen werden, für welches der Verlust sich ergiebt (§. 261 Anm. XII a, Simon, Bilanzen S. 240); vielmehr ist erst nach Feststellung jener Bilanz oder im Anschluß an diese Feststellung über die Deckung des Verlustes zu befinden, und demgemäß eine etwaige Buchung auf dem Konto des Zwangsreservefonds und dem Gewinn- oder Verlustkonto des neuen Geschäftsjahres zu bewirken. Der etwa von der Generalversammlung hierüber gefaßte Verlustdeckungsbeschluß entspricht dem in §. 260 Abs. 1 erwähnten Gewinnverteilungsbeschluß. — Daß im Falle eines vorhandenen Verlustes der Zwangsreservefonds zur Deckung desselben verwendet werden müsse (so Simon S. 241 und die dort angeführte Mehrzahl der Schriftsteller, auch Pinner Anm. III 1), ist zwar als gesetzliche Vorschrift, aber nicht als zwingende anzuerkennen, denn an einer derartigen Verwendung besteht kein öffentliches Interesse. Deshalb ist jedenfalls bei Einstimmigkeit aller Aktionäre die anderweite Deckung des Verlustes (z. B. durch Verwendung eines freiwilligen Reservefonds, insbesondere des vorjährigen Gewinnvortrages, oben Anm. I b) oder auch die unveränderte Vortragung des Verlustes ohne Deckung für zulässig zu erachten. Es ist aber auch nicht zuzugeben, daß (wie Simon S. 242 und wohl auch Denkschr. 148 annehmen) ein Sonderrecht jedes einzelnen Aktionärs auf vorschriftsmäßige Verwendung des Zwangsreservefonds besteht. In einer Nichtverwendung liegt eine freiwillige Rücklage zum Zwangsreservefonds, betagt und bedingt durch die Ausgleichung des vorjährigen Bilanzverlustes durch Gewinn des neuen Jahres; deshalb erscheint §. 271 Abs. 3 Satz 2 anwendbar, so daß nur eine Minderheit, welche ein Zwanzigstel des Grundkapitals vertritt, zur Anfechtung eines derartigen Beschlusses berechtigt erscheint.

II. **Zuschreibungen zum Zwangsreservefonds** (§. 262 Ziff. 1—3). Durch die Worte „ist einzustellen" ist anerkannt, daß es sich nur um eine Buchung, nicht um die Begründung einer getrennten Vermögensmasse handelt (§. 261 Anm. XI b 1).

a. **Rücklage aus dem jährlichen Reingewinn (§. 262 Ziff. 1).**

1. „Jährlicher Reingewinn" ist der in dem letzten Geschäftsjahr erzielte Gewinn, wie er sich laut festgestellter Bilanz (§. 261 Anm. XII b), jedoch bei Nichtberücksichtigung des (in dem Gewinnposten der Bilanz berücksichtigten) vorjährigen Gewinnvortrages stellt (Simon, Bilanzen S. 271, Pinner Anm. III 6 a; dagegen Staub Art. 185 b §. 4 S. 609, Ring Art. 185 b Anm. 2 S. 625, Förtsch Art. 185 b Anm. 4), da anderenfalls von demselben Gewinnbetrage unter Umständen mehrmals ein Anteil dem Reservefonds zugeschrieben werden müßte. Zuzugeben ist allerdings (dagegen Simon S. 272), daß dies folgerichtig dahin führt, auch den Verlustvortrag des Vorjahres unberücksichtigt zu lassen (Staub a. a. O.); hierin liegt jedoch nichts irgend Bedenkliches (vgl. auch oben Anm. I b), da die Überführung zum Reservefonds nur eine Buchung, keine Entziehung von Vermögen enthält; als einzige Folge ergiebt sich, daß für den Fall künftiger Gewinne das Wachsen des Zwangsreservefonds etwas beschleunigt wird. Waren daher 19000 Mk. Verlust vorgetragen, sind im verflossenen Jahr 10000 Mk. gewonnen, so daß die Bilanz einen Restverlust von 9000 Mk. aus-

weist, so würden dennoch 500 Mk. dem Zwangsreservefonds zuzuschreiben, und es würde ein Verlust von 9500 Mk. neu vorzutragen sein. — Etwaige Gewinnanteile von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern dürfen nicht vorweg abgezogen werden (Simon S. 272, Pinner Anm. III 6a; dagegen nach bisherigem Recht Staub Art. 185b §. 4 S. 610; über die vorgeschriebene Berechnung vgl. §. 237 Anm. IIb.

2. Mindestens fünf vom Hundert des „jährlichen Reingewinns" sind dem Zwangsreservefonds zuzuschreiben. Eine höhere Zuschreibung kann daher durch Satzung (§. 182 Anm. I) vorgeschrieben werden, und wenn eine solche Satzungsvorschrift vorhanden, besteht ein Sonderrecht jedes Aktionärs auf Beobachtung derselben. Ist keine derartige Satzungsvorschrift vorhanden, so kann dennoch durch einfachen Generalversammlungsbeschluß die höhere Überweisung beschlossen werden, dieser Beschluß unterliegt jedoch der Anfechtung durch eine Minderheit oder den Vorstand gemäß §. 271 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4.

3. So lange der Zwangsreservefonds den zehnten (oder den in der Satzung bestimmten höheren) Teil des Grundkapitals nicht überschreitet, sind die Überweisungen fortzusetzen. Beträgt das Grundkapital 100000 Mk., der Zwangsreservefonds 9800 Mk., der jährliche Reingewinn des letzten Geschäftsjahres 10000 Mk., so brauchen dem Zwangsreservefonds nicht mehr die vollen 500 Mk., sondern nur 200 Mk. überwiesen zu werden. Unerheblich ist, aus welcher Quelle der Zwangsreservefonds auf den maßgebenden Betrag gewachsen ist (Simon S. 275, Esser Anm. 4). Ein vermindert gewesener Zwangsreservefonds ist von neuem durch Überweisung gemäß §. 262 Ziff. 1 zu ergänzen (M. 175). Bezüglich der Anordnung einer höheren Grenze durch Satzung und bezüglich freiwilliger Mehrüberweisung durch Generalversammlungsbeschluß gilt dasselbe wie vorstehend bezüglich Höherbemessung der Verhältniszahl der jährlichen Zuschreibung erörtert. Bei der Berechnung ist das Grundkapital in derjenigen Höhe zu berücksichtigen, in welcher es in der maßgebenden Bilanz erscheinen mußte (§. 261 Anm. XIa; vgl. O.L.G. Dresden vom 16. Novbr. 1885 Z.f.H. Bd. 35 S. 238). — Bestritten ist, ob der Zwangsreservefonds auch insoweit, als er durch über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehende Mehrüberweisungen entstanden ist, nur „zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes" verwendet werden darf, oder ob er insoweit die Eigenschaft eines freiwilligen Reservefonds (unten Anm. III) hat. Für letzteres R.G. XXVIII, 46; es erklärt für zulässig z. B. die Übertragung dieser Mehrüberweisung an einen Spezialreservefonds, welcher zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung geschäftlicher Verluste jeder Art benutzt werden darf. Die Denkschr. 148 entscheidet sich gleichfalls hierfür, indem sie bemerkt: „In Betreff der Verwendung des Reservefonds bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Vorschriften. Namentlich gilt dies in Betreff der Fragen, . . . ob der Reservefonds, soweit er den gesetzlich vorgeschriebenen Betrag übersteigt, durch Beschluß der Generalversammlung zu einem anderen als dem gesetzlich bestimmten Zweck verwendet werden kann. Diese früher streitigen Fragen sind gegenwärtig auch in der Rechtsprechung entschieden". Diese Anschauung wird daher wohl jetzt als diejenige des Gesetzgebers zu Grunde zu legen sein (ebenso Pinner Anm. III 2), wenngleich sie mit dem Wortlaut des §. 262 Ziff. 1 kaum vereinbar ist. Gegen R.G. und Denkschr. Simon, Bilanzen S. 261.

b. **Aufgeld bei Ausgabe über Nennbetrag (§. 262 Ziff. 2).**

1. Eigenschaft als Einlage. Das Aufgeld („Agio") hat die Eigenschaft einer Einlage; es ist kein Gewinn, es sei denn, daß man jede Kapitalsvermehrung als „Gewinn" bezeichnen will (R.G. XXXII, 247, R.G. v. 20. März

1897 Holdheim Ztschr. 185, Simon, Bilanzen S. 83, Simon in Preußisches Verwaltungsblatt v. 8. Oktober 1898; dagegen für die Frage der Besteuerung des Aufgeldes als „Überschuß" ständig der 5. Senat des Preuß. O.V.G. mit unhaltbarer Begründung). Ersteres ist jetzt ausdrücklich anerkannt durch die Fassung des §. 211 (da hier „Kapitaleinlagen" auch das Aufgeld umfaßt; vgl. §. 211 Anm. II), letzteres durch Ersetzung des in dem bisherigen Art. 185b Ziff. 2 enthaltenen Wortes „Gewinn" durch „Betrag" in §. 262 Ziff. 2 (Denkschr. 148, K.B. 90). Das Aufgeld ist mithin unmittelbar dem Reservefonds (oder, soweit wegen Abrechnung über die Kosten seine Höhe noch nicht feststeht, einem Hilfskonto des Reservefonds, Simon S. 277) zuzuschreiben und darf nicht in die Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt werden (§. 260 Anm. V b).

2. Höhe der erforderlichen Überweisung zum Zwangsreservefonds. Für die Notwendigkeit der Überweisungen des Aufgeldes (Ziff. 2) und der Zuzahlungen (Ziff. 3) besteht keine Begrenzung durch Erreichung eines bestimmten Bestandes des Zwangsreservefonds (R.G. XXXII, 248). „Ausgabe der Aktien" bedeutet hier (wie in §. 184) „Zuteilen eines Grundkapitalanteils", nicht etwa (wie an anderen Stellen; §. 241 Anm. III c 4) „Ausgabe der Urkunde". Als abzugsfähige Kosten erachtet Simon S. 276 die Kosten der Aktienanfertigung, den Aktienstempel, die Gerichts- und Notariatskosten, eine etwaige Einkommensteuer vom Aufgeld, ferner eine etwa gezahlte Provision für Gewährleistung der Abnahme aller Anteile zum Ausgabebetrage. Gegen die Zulässigkeit des Abzuges derartiger Provisionen Pinner Anm. III 6 b. Für die Zulässigkeit spricht indessen wohl, daß die „für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten" in §. 284 Abs. 2 Ziff. 3 an einer Stelle erwähnt werden, welche der Erwähnung des „der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes in §. 195 Abs. 2 Ziff. 2 entspricht; vgl. auch §. 261 Anm. X. Esser §. 284 Anm. 3 erachtet als hierher gehörig die Kosten, die mit der Einführung der Aktien an der Börse verbunden sind. — Eine Berechnung der Kosten ist bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals dem Registergericht des Sitzes einzureichen (§. 284 Abs. 2 Ziff. 3).

3. Nichtberücksichtigung von Zinsvergütungen. Erfolgt die Zuteilung neuer Grundkapitalanteile im Laufe eines Geschäftsjahrs, und vergüten die Übernehmer der Grundkapitalanteile feste Zinsen, um hierdurch für den abgelaufenen Teil des Geschäftsjahrs das Recht auf einen Gewinnanteil zu erhalten, so ist die Zinsvergütung nicht dem Zwangsreservefonds zuzuführen, denn diese Zahlung ist nicht Teil der Einlage auf den Ausgabebetrag (§. 211 Anm. II), bezieht sich vielmehr auf ein anderes, nebenher laufendes Rechtsgeschäft (Simon S. 278, Pinner Anm. III b; dagegen Staub Art. 185 b §. 6 S. 611). Entsprechend im umgekehrten Falle, wenn nämlich die Gesellschaft den neuen Aktionären eine Zinsvergütung zahlt als Entgelt dafür, daß die neuen Aktionäre auch für den Rest des laufenden Jahres keinen Gewinnanteil erhalten: diese Zinsvergütung darf dann nicht von dem Betrage des Aufgeldes abgezogen, sondern das letztere muß unverkürzt durch die Zinsvergütung dem Reservefonds zugeschrieben werden.

c. Zuzahlungen gegen Gewährung einer Bevorrechtigung der Anteilrechte (§. 262 Ziff. 3).

1. „Gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien." Vorzugsrechte vgl. §. 185 Anm. I b. Der Fall des §. 262 Ziff. 3 liegt nur vor, wenn mit dem Anteilrecht eine Bevorrechtigung verknüpft wird („für ihre Aktien"; §. 179 Anm. I, II), nicht wenn einzelnen Personen ein Vorteil gewährt wird; auch nicht wenn Zuzahlungen ohne Erwerb einer Bevorrechtigung geleistet werden, z. B. als Schenkung. — Für die Entscheidung der Frage, ob die Anordnung, daß jeder

Aktionär eine Zuzahlung leisten oder die Bevorrechtigung der Zuzahlenden dulden müsse, durch Mehrheitsbeschluß oder nur mit Zustimmung aller Aktionäre giltig getroffen werden könne (§. 276 Anm. V b), giebt der §. 262 Ziff. 3 keinen Anhalt (so mit Recht Staub 7. Aufl. §. 185 Anm. 2 gegen Denkschr. 122, welche wohl das Gegenteil sagen wollte, allerdings ihrem Wortlaut nach nicht sagt; vgl. oben §. 185 Anm. III).

2. „Ohne Erhöhung des Grundkapitals." Der §. 262 Ziff. 3 betrifft nur den Fall von Zuzahlungen ohne Erhöhung des Grundkapitals. Wirtschaftlich etwa derselbe Zweck, wie durch derartige Zuzahlungen, wird erreicht, wenn das Grundkapital durch Schaffung neuer bevorrechtigter Anteile erhöht und den bisherigen Aktionären gestattet wird, auf jedes neue Anteilrecht nur einen Teil bar zu zahlen und für den Rest ihre bisherigen Anteilrechte zwecks deren Einziehung in Zahlung zu geben (§. 276 Anm. V c, Simon S. 227). Dennoch wird man die Bestimmung des §. 262 Ziff. 3 auf einen derartigen, rechtlich verschieden liegenden Fall (vgl. auch „für ihre Aktien") nicht ausdehnen können (für entsprechende Anwendung Simon S. 227).

3. Höhe der erforderlichen Überweisung. Zuzahlungen brauchen nur insoweit dem Zwangsreservefonds zugeschrieben zu werden, als nicht eine Verwendung zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird. Einer Abschreibung steht die Höherbewertung eines unter die Passiva aufgenommenen Bewertungskontos (§. 261 Anm. XI c) gleich (Denkschr. 145). Über die Fälle, in denen außerordentliche Abschreibungen notwendig werden können, vgl. Simon, Bilanzen S. 390. Der außerordentliche Verlust kann vorweg gedeckt werden, auch wenn das letzte Geschäftsjahr als ganzes keinen Verlust gebracht hat, und auch wenn die Bilanz keinen Verlust aufweist; abweichend bei Deckung von Verlust durch Verwendung des Zwangsreservefonds (oben Anm. I b). Wann der Beschluß (§. 251 Anm. III) gefaßt werden muß, ist nicht gesagt; in der Regel wird der Beschluß vor der Leistung der Zuzahlung zu fassen sein; man wird indessen auch einen nach erfolgter Überweisung an den Zwangsreservefonds ergehenden Beschluß zulassen müssen, wenn man eine Rückgängigmachung freiwillig zu hoher Überweisungen überhaupt zuläßt (hierüber oben Anm. II a 3); doch darf sich auch in diesem Fall der Beschluß nur auf solche Verluste oder Notwendigkeit von Abschreibungen beziehen, welche bei Leistung der Zuzahlung bereits vorhanden waren.

III. **Freiwillige Reservefonds.** Bezüglich der allen Reservefonds gemeinsamen Regeln vgl. §. 261 Anm. XI b.

a. **Begründung.** Das Gesetz ordnet nur den Zwangsreservefonds, setzt jedoch in §. 261 Ziff. 5 die Zulässigkeit freiwilliger Reservefonds voraus. Die Begründung eines freiwilligen Reservefonds kann durch die Satzung oder durch Beschluß der Generalversammlung im voraus angeordnet sein, oder auch durch Beschluß der Generalversammlung ohne Vorausanordnung erfolgen (Neukamp in Z.f.H. Bd. 38 S. 54). Über die Frage, inwieweit einer dahingehenden Satzungsänderung oder einem solchen Generalversammlungsbeschluß Sonder-, Gläubiger- oder Minderheitsrechte entgegenstehen, vgl. §. 213 Anm. II. Eine Satzungsbestimmung, durch welche dem Vorstand oder Aufsichtsrat freigestellt wird, daß diese Behörde nach ihrem Ermessen die Bildung freiwilliger Reservefonds oder die Höhe der diesen zu überweisenden Beträge bestimmen könne, ist nicht für zulässig zu erachten, da hierdurch der Generalversammlung das nur ihr zustehende Recht, über die Gewinnverteilung zu beschließen (§. 260 Anm. I b; vgl. §. 182 Anm. IV a), verkürzt wird (dagegen Simon, Bilanzen S. 239, Pinner Anm. IV 4). Zulässig nach öffentlichem Recht dagegen — weil nicht das Gewinnverteilungsrecht der Generalversammlung berührend — erscheint

ein Beschluß, wonach bestimmte Beträge von der Gewinnverteilung ausgeschlossen und einer anderen Gesellschaftsbehörde zur Verwendung nach ihrem Ermessen überwiesen werden; ein solcher Beschluß kann jedoch später, insoweit die Verwendung noch nicht stattgefunden hat, wieder rückgängig gemacht werden (unten Anm. III b). Die Bildung eines derartigen „Dispositionsfonds des Aufsichtsrats" ist daher nicht unzulässig (vgl. jedoch Johow VIII, 16); daß er dem Gesetz nicht bekannt, ist unerheblich, da, was nicht verboten, erlaubt ist (§. 17 Anm. II b, Simon S. 266).

b. **Aufhebung**. Je nachdem, ob der Reservefonds auf Satzungsanordnung oder Generalversammlungsbeschluß beruht, kann er nur auf Grund einer Satzungsänderung oder bereits durch einen neuen entgegenstehenden Generalversammlungsbeschluß wieder aufgehoben werden (vgl. R.G. XXVIII, 55). Soweit eine Aufhebung durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß zulässig ist (anderenfalls §. 274 Anm. I c), wirkt der Beschluß, gleichgiltig ob er ausdrücklich auf Aufhebung des Reservefonds lautet, oder ob er nur mittelbar, z. B. durch Verfügung über den Reservefonds gelegentlich Feststellung der Bilanz, eine solche Aufhebung enthält. Die Aufhebung oder teilweise Verwendung des Reservefonds kann nicht (wie Pinner Anm. IV 3 annimmt) nur im Anschluß an den jährlichen Gewinnverteilungsbeschluß beschlossen werden; darüber, wann Gewinnverteilung beschlossen werden darf, enthält das Gesetz überhaupt keine beschränkenden Vorschriften (§. 260 Anm. V d) außer der einen, daß verteilbarer Gewinn (§. 215 Anm. III b) vorhanden sein muß. Auch das dem freiwilligen Reservefonds entsprechende Vermögen darf daher nicht mehr verteilt werden, sobald die Bilanz einen Verlust aufweist und dieser nicht aus dem Zwangsreservefonds Deckung findet (R.G. XXVIII, 57).

§. 263.

Auslegung der Vorlagen, Abschrift.

Die im §. 260 Abs. 2 bezeichneten Vorlagen sind mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung in dem Geschäftsraume der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen.

Auf Verlangen ist jedem Aktionär spätestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsraths und des Geschäftsberichts zu ertheilen.

An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablauf die Hinterlegung zu geschehen hat.

A.D.H. Art. 239 Abs. 2 Satz 2, 3. **Entw. I** §. 237 Abs. 3, 4. **Entw. II** §. 253.

§. 263.

I. **Auslegung.**

a. **Gegenstand** der Auslegung sind der Entwurf der Jahresbilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung, der Geschäftsbericht und die Bemerkungen des Aufsichtsrats (§. 260 Abs. 2).

b. **Zeit.** Die Dauer der Auslegung muß zwei Wochen betragen. Die Auslegung hat zu erfolgen während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung bezw. dem Ablauf der Frist zur Hinterlegung der Mitgliedscheine (vgl. §. 255 Anm. II, §. 256 Anm. II c), und zwar nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit (§. 358).

c. **Ort.** Die Auslegung hat in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zu erfolgen. Hierunter ist zu verstehen: nur am Sitze der Gesellschaft; wenn sie dort keinen Geschäftsraum hat, nur im Geschäftsraum ihrer Hauptniederlassung.

d. **Einsichtsberechtigt** ist jeder Aktionär. Über den Nachweis der Eigenschaft als solcher vgl. §. 252 Anm. II. Einsichtsberechtigt ist auch ein gesetzlicher Vertreter des Aktionärs. Auch Bevollmächtigten wird wohl die Einsicht zu gewähren sein, da die Zulässigkeit einer Ausübung aller Rechte durch Vertreter die Regel bildet und — wie aus der Unbeschränktheit einer Weitergabe der gemäß §. 263 Abs. 2 erteilten Abschriften hervorgeht — kein streng persönliches Recht in Frage steht.

II. **Abschrifterteilung.**

a. **Gegenstand** ist derselbe wie bezüglich der Auslegung (oben Anm. I a).

b. **Zeit.** Die Zeitbegrenzung in §. 263 Abs. 2 ist von der Reichstagskommission (K.B. 90, 91) eingeschoben. Der Schluß der Frist des §. 263 Abs. 2 fällt mit dem Beginn der Berufungsfrist (§. 255 Abs. 1) zusammen und liegt vor dem Beginn der Ankündigungsfrist (§. 256 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1). Damit die Frist des §. 263 Abs. 2 eingehalten werden kann, muß daher das Verlangen in vielen Fällen schon vor Berufung oder Ankündigung gestellt werden; dies ist indessen nicht so unbillig, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte, da immerhin wegen der Vorschrift in §. 260 Abs. 2 der Aktionär die Berufung einer Generalversammlung zur Beschlußfassung über jene Vorlagen in der Regel vorhersehen kann. Die Einhaltung der Frist wird nur dann verlangt werden können, wenn das Verlangen so rechtzeitig gestellt ist, daß im regelmäßigen Geschäftsgange eine Fertigung der Abschrift vor Schluß der Frist noch bewirkt werden kann. Über die Pflicht der Gesellschaft, nötigenfalls vorrätige und nicht anderweit erforderliche Druckexemplare herzugeben, vgl. §. 256 Anm. V. Die Frist ist zu Gunsten der Aktionäre bestimmt (K.B. 90). Daher ist auch einem nach Ablauf der Frist gestellten Verlangen noch innerhalb der bei regelmäßigem Geschäftsgange erforderlichen Zeit stattzugeben (vgl. Esser Anm. 2). — Da §. 263 nur die Vorbereitung der Generalversammlung betrifft, kann aus ihm nicht die Pflicht der Gesellschaft gefolgert werden, Abschriften noch nach stattgehabter Versammlung zu erteilen (Behrend §. 132 Anm. 6); auch aus anderen Vorschriften folgt keine solche Pflicht (Pinner Anm. II; dagegen Förtsch Art. 239 Anm. 6); es bleibt dann nur noch die Möglichkeit, auf Grund der Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses das Registergericht um Abschriften der eingereichten Schriftstücke (§. 265 Anm. II b) anzugehen (§§. 265, 9 Abs. 2).

c. **Kosten.** Der Art. 239 A.D.H. bestimmte, daß der Aktionär nur „auf seine Kosten" die Erteilung der Abschriften verlangen könne. Diese Bestimmung ist jetzt beseitigt, „da es sich hier um eine der Gesellschaft ihren Mitgliedern gegenüber obliegende Leistung handelt, deren Kosten der Natur der Sache nach der Gesellschaft selbst zur Last fallen" (Denkschr. 147).

III. **Verstoß.** Die Bestimmungen des §. 263 sind keine bloßen Ordnungsvorschriften, durch deren Verletzung die Giltigkeit der daraufhin gefaßten Beschlüsse nicht berührt würde (Bolze Bd. 14 Nr. 494 d, Rudorff zu §. 263; dagegen Johow XII, 28). Das Unterlassen der Auslegung oder Abschrifterteilung enthält vielmehr einen nicht erheblichen Verstoß gegen das zum Beschlusse führende Verfahren (§. 273 Anm. II a), wenngleich nicht eine ordnungswidrige Berufung oder Ankündigung (§. 271 Anm. V a 3). Unter Umständen kann darin auch eine Obliegenheitsverletzung der Vorstandsmitglieder (§. 241 Abs. 2) liegen. Die Vorschrift des §. 263 **Abs. 1** ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 319 Abs. 1).

§. 264.

Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung.

Die Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz ist zu vertagen, wenn dies in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder

von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird, auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden.

Ist die Verhandlung auf Verlangen der Minderheit vertagt, so kann von dieser eine erneute Vertagung nur gefordert werden, wenn über die in der früheren Verhandlung bemängelten Ansätze der Bilanz die erforderliche Aufklärung nicht ertheilt worden ist.

A.D.H. Art. 239a Abs. 2. **Entw. I** §. 240. **Entw. II** §. 256.

§. 264.

I. **Mehrheitsbeschluß,** die Generalversammlung zu vertagen, ist bedingungslos und unbeschränkt oft zulässig (§. 250 Anm. Va 6, §. 260 Anm. Vd; ebenso Esser Anm. 2; dagegen Pinner Anm. III), auch ohne vorherige Ankündigung (§. 256 Anm. III d). Ein Sonderrecht auf Feststellung einer Jahresbilanz ist allerdings anzuerkennen; jedoch nur in denselben Grenzen wie überhaupt das Recht auf Feststellung des verdienten Reingewinns, mithin im wesentlichen nur dahin, daß nicht in böswilliger oder willkürlicher Weise die Feststellung der Jahresbilanz verhindert werden dürfe (§. 213 Anm. II b, §. 250 Anm. III c 6). Dies Sonderrecht geht überdies zunächst nur dahin, daß irgend eine Jahresbilanz, nicht etwa daß eine Jahresbilanz bestimmten Inhalts festgestellt werde; erst wenn eine bestimmte Bilanz festgestellt ist, kann es sich weiter darum handeln, ob ein Sonderrecht darauf besteht, daß sie anders, als geschehen, festgestellt werde. Das erstere Sonderrecht ist nur durch einen gemäß §. 888 C.P.O. gegen die Gesellschaft gerichteten Zwang, das zweite gemäß §. 894 C.P.O. vollstreckbar.

II. **Minderheitsrecht.** Eine Minderheit, deren Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III a) mindestens ein Zehntel des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) erreichen, hat das Recht, die einmalige Vertagung zu fordern, wenn sie — mit Recht oder mit Unrecht — bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt. Der Antrag kann nur in der Generalversammlung gestellt werden. Er bedarf keiner vorherigen Ankündigung (§. 256 Anm. III d). Die Berufung der neuen Generalversammlung ist dann im gewöhnlichen Verfahren, also in der Regel seitens des Vorstandes, zu bewirken; es handelt sich nicht etwa bloß um ein neues Zusammentreten der Teilnehmer der vertagten Generalversammlung (Esser Anm. 3, Pinner Anm. II). Nach bisherigem Recht war streitig, ob das Minderheitsrecht mehr als einmal ausgeübt werden dürfe. Zur Entscheidung dieses Zweifels ist §. 264 Abs. 2 neu hinzugefügt (Denkschr. 148). Eine „erneute Vertagung kann nicht nur einmal, sondern so oft verlangt werden, bis die erforderliche Aufklärung erteilt wird (ebenso Könige Anm. 261; dagegen Esser Anm. 2). Inwieweit eine Aufklärung „erforderlich" ist, hat in erster Reihe die Mehrheit der Generalversammlung und in zweiter Reihe das etwa demnächst angerufene Gericht zu entscheiden. In der Regel wird als erforderlich für die Bilanzfeststellung — um welche allein es sich handelt — nur der Nachweis erachtet werden können, daß bei Aufstellung der Bilanz die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind. Allzu sehr ins einzelne gehende Mitteilungen können unter Umständen die Gesellschaft schädigen, werden daher nicht verlangt werden können (vgl. §. 231 Anm. II b). Gemeint ist wohl („dieser"), daß nur dieselben Anteile, für welche zuerst Vertagung verlangt ist, zum Verlangen erneuter Vertagung berechtigen, so lange der Gesamtbetrag noch ein Zehntel des Grundkapitals erreicht (vgl. entsprechend §. 270). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. §. 313. — Es besteht ein verzichtbares Sonderrecht darauf, daß das Minderheitsrecht beachtet wird (§. 250 Anm. III c 10); doch liegt in der Nichtachtung nur ein nicht erheblicher Verstoß gegen das Verfahren (§. 273 Anm. II a).

Bekanntmachung. Einreichung. §. 265.

Nach der Genehmigung durch die Generalversammlung ist die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung unverzüglich durch den Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung sowie der im §. 260 bezeichnete Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths ist zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

A.D.H. Art. 239b (185c Abs. 1). **Entw. I** §. 241. **Entw. II** §. 257.

§. 265

I. **Bekanntmachung.**

a. **Verpflichtet** zur Bekanntmachung ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 234 Anm. I c). Er hat dieser Verpflichtung unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, B.G. §. 121) nach Feststellung (§. 260 Anm. II b) der Jahresbilanz durch die Generalversammlung nachzukommen. Eine Verpflichtung des Vorstandes ist nicht als vorhanden anzusehen, wenn der Feststellungsbeschluß eine Verletzung von Gesetz oder Satzung enthält, und so lange der Beschluß wegen der betreffenden Verletzung angegriffen werden kann (§. 273 Anm. II); der Vorstand ist in solchem Fall zwar verpflichtet, einen anderweiten Beschluß anzuregen (§. 260 Anm. II b), aber nicht, gegen den früheren Beschluß durch Anfechtung vorzugehen (§. 271 Anm. V c).

b. **Gegenstand** der Bekanntmachung sind: die Jahresbilanz (§. 260 Anm. II a; vgl. §. 261 Anm. III), da nach §. 260 nur diese von der Generalversammlung „genehmigt" wird; und die Gewinn- und Verlustrechnung (§. 260 Anm. V b). Weder der Gewinnverteilungs- noch (K.B. 26) der Entlastungsbeschluß.

c. **Art** der Bekanntmachung. Die Denkschr. 148 bemerkt: „Vielfach wird von A.Gen., die ihrer Generalversammlung sehr eingehende Bilanzen vorlegen, demnächst zum Zwecke der Veröffentlichung eine Kürzung vorgenommen, indem eine Anzahl Unterposten gestrichen und nur die Hauptposten in der Bilanz belassen werden. Dieses Verfahren zu untersagen und schlechthin vorzuschreiben, daß die Bilanz in demselben Umfang veröffentlicht werden müsse, in welchem sie der Generalversammlung vorgelegt worden ist, erscheint nicht ratsam. . . . Es muß genügen, wenn das Registergericht in der Lage ist, etwaige Bilanzveröffentlichungen, welche derart summarisch gehalten sind, daß sie überhaupt keine Übersicht über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft gewähren, als ungenügend zurückzuweisen und den Vorstand durch Ordnungsstrafen zu einer anderweitigen Veröffentlichung anzuhalten." Da aus dieser Ausführung der Denkschrift zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber hier unter „bekanntmachen" nur ein Bekanntmachen dem wesentlichen Inhalte nach verstanden wissen wollte, so erscheint eine Auslegung im Sinne der Denkschrift zulässig (vgl. auch §. 10 Anm.: ebenso Rudorff zu Abs. 1, Litthauer Anm. b, Könige Anm. 263; dagegen Pinner Anm. I, zweifelnd Esser Anm. 2), wenn es auch empfehlenswert gewesen wäre, der gewollten Auslegung durch die Fassung des Gesetzes Ausdruck zu geben. — Über die Form der Bekanntmachung vgl. §. 182 Anm. IV b 7.

II. **Einreichung.**

a. **Verpflichtet** zur Einreichung ist der Vorstand (§. 234 Anm. I c).

b. **Gegenstand** der Einreichung sind die Bekanntmachung (oben Anm. I b, c) und der Geschäftsbericht (§. 260 Anm. V c) mit den Bemerkungen (§. 246 Anm. III a 2 α) des Aufsichtsrats. Über die Verpflichtung zur Einreichung des Protokolls der Generalversammlung vgl. §. 259 Anm. IV.

c) **Zuständiges Gericht.** Nur bei dem Registergericht des Sitzes (§. 182 Anm. IV b 2, §. 201 Anm. II) hat die in §. 265 vorgeschriebene Einreichung zu erfolgen (Denkschr. 149).

III. **Erzwingung.** Unmittelbar kann nur die Einreichung erzwungen werden (§. 14), mittelbar aber wohl auch das Bekanntmachen (ebenso Pinner Anm. II); mithin entsteht die Einreichungspflicht auch bezüglich der Bekanntmachung bereits mit der Feststellung der Jahresbilanz (vgl. entsprechend §. 244 Anm. III). Da eine vorschriftsmäßige Bekanntmachung einzureichen, hat der Richter zu prüfen, ob — die Rechtsgiltigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses und der Gewinn- und Verlustrechnung vorausgesetzt — die Bekanntmachung in vorschriftsmäßiger Weise erfolgt ist (§. 195 Anm. I g, Denkschr. 149 oben Anm. I c). Den Inhalt des Bilanzfeststellungsbeschlusses und der Gewinn- und Verlustrechnung dagegen hat er nicht zu prüfen, da keine Eintragung in das Handelsregister in Frage steht (§. 195 Anm. I g, Johow XII, 29, Hans. Oberlandesger. v. 20. April 1898 Holdheim Ztschr. S. 193).

V. Revisoren (§§. 266, 267).

§. 266. Bestellung.

Die Generalversammlung kann mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung beschließen.

Ist in der Generalversammlung ein Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung abgelehnt worden, so können auf Antrag von Aktionären, deren Antheile zusammen den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, Revisoren durch das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, ernannt werden.

Dem Antrag ist nur stattzugeben, wenn glaubhaft gemacht wird, daß bei dem Vorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags stattgefunden haben. Die Antragsteller haben die Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer der Aktien sind.

Vor der Ernennung sind der Vorstand und der Aufsichtsrath zu hören. Die Ernennung kann auf Verlangen von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

A.D.H. Art. 222a Abs. 1, 2, 239a Abs. 1. **Entw. I** §. 242. **Entw. II** §. 258.

§. 266.

I. **Gegenstand der Prüfung.** Als solcher kann bestimmt werden wahlweise oder gleichzeitig:

a. **Die Bilanz** nur im Falle eines Mehrheitsbeschlusses (Abs. 1). Unter „Bilanz" ist wohl nur die Jahresbilanz verstanden (§. 260 Anm. II a, §. 261 Anm. III). Sowohl der Bilanzentwurf, wie auch eine bereits festgestellte Bilanz (ebenso Pinner Anm. II 3).

b. **Vorgänge bei der Gründung.** Wie weit sie zurückliegen, und ob etwa alle Ansprüche aus denselben bereits verjährt sind, ist unerheblich, da das Gesetz keine diesbezügliche Einschränkung enthält (Pinner Anm. III 1 b gegen herrschende Meinung). Die Re-

vision bildet nicht ausschließlich eine Vorbereitung für Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gründung; auch zu anderen Zwecken — z. B. behufs Prüfung der Zuverlässigkeit ihrer seit jener Zeit beibehaltenen Vorstandsmitglieder — kann eine Prüfung solcher Vorgänge auch nach Ablauf der Verjährungsfrist noch wünschenswert für die Gesellschaft sein. Der Beschluß muß sich auf bestimmte einzelne Vorgänge beschränken; den Revisoren darf nicht die Aufgabe gestellt werden, die ganze Gründung nachzuprüfen.

c. **Vorgänge bei der Geschäftsführung.** Für den Fall eines Mehrheitsbeschlusses (Abs. 1) ist unerheblich, wie viel Zeit seit dem Vorgang verflossen ist; für den Fall eines Minderheitsantrages (Abs. 2) kommen nur Vorgänge in Betracht, welche nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. Aus der Fassung des Abs. 2 ist zu entnehmen, daß die zweijährige Frist von der Ablehnung des Antrages in der Generalversammlung zurückzurechnen ist (ebenso Pinner Anm. III 1b gegen Esser Anm. 4, Staub Art. 222a §. 2, welche den Zeitpunkt des Antrages für maßgebend erachten). Der Antrag ist dann allerdings unbefristet; dies ist jedoch unbedenklich, da einer mißbräuchlich verspäteten Stellung des Antrages das Gericht nicht stattzugeben braucht (Pinner a. a. O.). — Auch die Geschäftsführung des Aufsichtsrats kann in Betracht kommen. Auch solche Vorgänge, wegen deren bereits Entlastung erteilt ist (entsprechend Anm. Ia und b). Der Beschluß ist auf bestimmte einzelne Vorgänge zu beschränken (oben Anm. Ib). — Über die Prüfung von Vorgängen bei der Geschäftsführung von Liquidatoren vgl. §. 294 Abs. 2, §. 298 Abs. 2, Denkschr. 150.

II. **Prüfer** sind die zu wählenden (unten Anm. IIIa) bezw. vom Gericht zu ernennenden (unten Anm. IVd 3) Revisoren. Hier, wie für §. 192 (§. 192 Anm. II), wird wohl anzunehmen sein, daß mindestens zwei Revisoren zu bestellen sind (ebenso Esser Anm. 8). Die Denkschr. 150 bemerkt: „Über die Frage, ob die Revisoren eine Vergütung beanspruchen können, bedarf es keiner besonderen Vorschriften; es muß den Antragstellern überlassen bleiben, ihrerseits eine entsprechende Vereinbarung mit den Revisoren zu treffen." Eine solche Vereinbarung, insoweit sie erforderlich, ist wohl vielmehr Sache des Bestellers, also der Generalversammlung (§. 250 Anm. Vc 3, O.L.G. Hamburg v. 17. März 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 477) bezw. des Gerichts (vgl. unten Anm. IVd 4), und den Antragstellern ist eine Mitwirkung nur in dem Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag möglich (vgl. auch §. 267 Anm. III). Ein von der Generalversammlung mit der Prüfung beauftragter Aktionär hat nicht die Vermutung für sich, daß er eine Vergütung für seine Thätigkeit erhalten sollte (R.G. v. 14. März 1894 Z.f.H. Bd. 47 S. 116).

III. **Mehrheitsbeschluß.**

a. **Tragweite** des Beschlusses. Der §. 266 Abs. 1 ist wohl dahin zu verstehen, daß er sich nur auf den Beschluß bezieht, daß überhaupt Revisoren, und zur Prüfung welches Gegenstandes sie bestellt werden sollen, nicht auch darauf, welche Personen zu bestellen sind. Anderenfalls würde wohl die kürzere Fassung gewählt worden sein: „kann . . . Revisoren . . . . wählen." Nach derselben Richtung deutet auch, daß in Abs. 4 „Ernennung" (Fassung der Redaktionskommission der Reichstagskommission, statt „Anordnung") nur auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 1 zu beziehen ist. Vgl. auch die entprechende Unterscheidung in §. 268 Abs. 1 und Abs. 2.

b. **Verfahren.**

1. Ankündigung. Für einen derartigen Beschluß bedarf es nach allgemeiner Regel vorheriger Ankündigung (§. 256). Indessen ist die Ankündigung, daß ein Bilanzentwurf oder eine Entlastung zur Verhandlung stehe, für umfassend genug zu erachten, um auch einen Beschluß über Ernennung von Revisoren — im ersten Fall zur Prüfung des betreffenden Bilanzentwurfs, im zweiten Fall zur Prüfung eines in die betreffende Zeit fallenden Vorganges bei der Geschäftsführung

der zu entlastenden Personen — zuzulassen (ähnlich Staub Art. 239a §. 1; dagegen Pinner Anm. II 1).

2. „Die Generalversammlung“ bezeichnet die Generalversammlung als dauernde Behörde, nicht etwa nur die einzelne zu den Zwecken des §. 260 Abs. 1 berufene Generalversammlung.

3. **Beschluß.** Der Beschluß ist mit einfacher Stimmenmehrheit (§. 251 Anm. I) zu fassen. Die Satzung darf das Erfordernis nicht erschweren (Denkschr. 149). Dagegen ist sie — mangels einer dahingehenden Vorschrift — gesetzlich nicht gehindert, ein weitergehendes Minderheitsrecht oder Sonderrecht, die Revision zu verlangen, einzuführen (ebenso Behrend §. 127a Anm. 8, dagegen Staub Art. 222a §. 3, Pinner Anm. II 2); die Regel des §. 251 „soweit nicht durch ... den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind“, hat in diesem Fall auf die Ablehnung des Revisionsantrages Anwendung zu finden; daß (worauf sich Pinner beruft) in §. 254 Abs. 1 Satz 2 die Möglichkeit einer Verringerung der Erfordernisse eines Minderheitsverlangens ausdrücklich hervorgehoben ist (was nach diesseitiger Ansicht ohnedies gelten würde, §. 254 Anm. Ic), erscheint nicht als genügende Grundlage für einen Gegenschluß aus der Nichthervorhebung in §. 266. — Für die Wahl der Revisoren, welche dem die Revision anordnenden Beschluß zu folgen hat, ist nicht §. 266 Abs. 1 (oben Anm. IIIa), sondern die allgemeine Regel des §. 251 Abs. 2 maßgebend.

IV. **Minderheitsrecht.** Es ist unentziehbar durch Satzungsbestimmung (M. 235).

a. **Sachliche Voraussetzungen** sind

1. Ablehnung eines auf Bestellung von Revisoren (oben Anm. IIIa) gerichteten Antrages in der Generalversammlung. Der Ablehnung steht jede Nichtannahme gleich (Pinner Anm. III 1a); ebenso das Nichtzustandekommen einer Wahl bestimmter Personen zu Revisoren.

2. Wahrscheinlichkeit, daß bei dem Vorgang (oben Anm. Ib, c) Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung stattgefunden haben. Daß die im Gesetz (§. 266 Abs. 3) verlangte Glaubhaftmachung (C.P.O. §. 294) von Unredlichkeiten oder groben Verletzungen gleichbedeutend sei mit einem Wahrscheinlichmachen derselben, wurde von der Reichstagskommission anerkannt (K.B. 92). Verletzung von Gesetz oder Satzung vgl. §. 271 Anm. III.

b. **Antragsberechtigt** sind Aktionäre (§. 254 Anm. Ia), deren Anteile zusammen ein Zehntel des Grundkapitals (§. 178 Anm. IIa) erreichen, und welche glaubhaft machen (C.P.O. §. 294), daß sie seit mindestens sechs Monaten vor der Generalversammlung anteilberechtigt (§. 252 Anm. IIIb 1) bezüglich der fraglichen („der“) Anteile waren. Bei Namenaktien ist daher (abgesehen von dem Fall der Allgemeinrechtsnachfolge) sechsmonatliche Eintragung des Antragstellers im Aktienbuch erforderlich (dagegen Pinner Anm. IIId, Esser Anm. 5). Nicht erfordert ist, daß diese Anteile auch in der Generalversammlung vertreten waren. Noch weniger, daß für dieselben Anteile der Antrag auf Revisorenbestellung in der Generalversammlung gestellt war (Pinner Anm. III 1a). Liegt die Errichtung der Gesellschaft weniger als sechs Monate vor der fraglichen Generalversammlung, so braucht nur die Anteilberechtigung seit der Errichtung dargethan zu werden (K.B. 92). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. §. 318.

c. **Hinterlegungspflicht.** Sie besteht nur für die Zeit „bis zur Entscheidung über den Antrag“. Da die Entscheidung der sofortigen Beschwerde unterliegt (G.fr.Ger. §§. 22, 29 Abs. 2), also binnen bestimmter Fristen unanfechtbar wird, so ist in §. 266 Abs. 3 unter „Entscheidung“ die rechtskräftige Entscheidung zu

verstehen. Zu hinterlegen sind „die Aktien“, d. h. diejenigen Anteile, für welche der Antrag gestellt wird (oben Anm. IVb), nicht etwa alle Aktien der antragstellenden Aktionäre (vgl. jedoch §. 271 Anm. Va 4). Die Hinterlegung ist nicht erforderlich, solange thatsächlich keine Mitgliedscheine ausgegeben sind (§. 255 Anm. III).

d. **Verfahren vor Gericht.** Das Verfahren ist geordnet durch G.fr.Ger. §§. 145, 146 (abgedruckt vor H.G.B. §. 105) in Verbindung mit H.G.B. §. 266 Abs. 2—4.

1. Zuständig ist das Registergericht (G.fr.Ger. §. 145) des Sitzes (H.G.B. §. 182 Anm. IVb 2) der Gesellschaft (§. 266 Abs. 2).
2. Zu hören sind Vorstand und Aufsichtsrat (§. 266 Abs. 4), d. h. die Behörden. Unter hören ist nur das Gewähren einer Gelegenheit zur Äußerung zu verstehen.
3. Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Ernennung bestimmter Personen zu Revisoren behufs Prüfung der zu bezeichnenden Vorgänge. Ein etwaiger Vorschlag bestimmter Personen seitens der Antragsteller ist unerheblich (vgl. oben Anm. IIIa). „Können“ (§. 266 Abs. 2) vgl. §. 140 Anm. IIb; der Antrag darf nicht willkürlich abgelehnt werden, aber wegen besonderer Verhältnisse des Einzelfalles nach freiem Ermessen; so z. B. wenn der Antrag aus unlauteren Beweggründen oder wenn er in mißbräuchlicher Weise verspätet gestellt ist (oben Anm. Ic, Pinner Anm. III 2a).
4. Sicherheitsleistung (§. 272 Anm. IVd) kann (oben zu 3, §. 272 Anm. IVb, K.B. 92) auf Verlangen (§. 272 Anm. IVa) als Bedingung der Ernennung angeordnet werden (§. 266 Abs. 4). Wofür Sicherheit zu leisten, ist nicht gesagt: gemeint ist wohl auch hier (wie in §. 272 Abs. 3 ausdrücklich hinzugefügt) wegen der Nachteile, welche der Gesellschaft drohen. Hierzu gehören die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten, dessen sich die Gesellschaftsbehörden bei ihrer Anhörung (oben zu 2) bedienen (Esser Anm. 7). Nicht aus §. 266 Abs. 4 (wie Esser Anm. 7 annimmt), sondern aus den Vorschriften über die Gerichtskosten ist zu entnehmen, inwieweit das Gericht auch Vorschuß für die Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Revisoren, fordern kann.

§. 267.

Prüfung, Bericht, Kosten. Haftung der Antragsteller.

Der Vorstand hat in den Fällen des §. 266 den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse sowie der Bestände an Werthpapieren und Waaren zu gestatten.

Der Bericht über das Ergebniß der Prüfung ist von den Revisoren unverzüglich dem Handelsregister einzureichen und von dem Vorstande bei der Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung des Berichts nicht statt.

Im Falle des §. 266 Abs. 2 beschließt die Generalversammlung, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind. Wird der Antrag auf Ernennung von Revisoren durch das Gericht zurückgewiesen oder erweist er sich nach dem Ergebnisse der Prüfung als unbegründet, so sind die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, für einen der Gesellschaft durch den Antrag entstehenden Schaden als Gesammtschuldner haftbar.

A.D.H. Art. 222a Abs. 3—5 (239a Abs. 1). **Entw. I** §. 243. **Entw. II** §. 259.

§. 267.

I. **Prüfungsmittel.** Der §. 267 Abs. 1 beschränkt nicht die möglichen Prüfungsmittel, sondern hebt nur die wichtigsten Mittel der Prüfung hervor, indem er zugleich den Vorstand verpflichtet, ihre Anwendung zu dulden. Diese Pflicht ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 319 Abs. 1). Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft vgl. §. 118 Anm. IIc, §. 246 Anm. IIIa 1δ. Untersuchung der Bestände an Werthpapieren und Waren vgl. §. 246 Anm. IIIa 1ε. Einzelne Aktionäre haben kein Recht, der Einsichtnahme und Untersuchung beizuwohnen (M. 165).

II. **Bericht.** Der Bericht ist schriftlich (eigenhändig unterzeichnet, B.G. §. 126) zu erstatten. Da jeder einzelne Revisor für seine Prüfung selbständig verantwortlich ist, so kann, soweit keine Einigung zu Stande kommt, jeder einen eigenen Bericht erstatten (vgl. §. 193 Anm. III). Die Revisoren haben den Bericht unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, B.G. §. 121) zum Handelsregister des Sitzes der A.G. (§. 182 Anm. IV b 2, vgl. §. 201 Anm. II) einzureichen. Der Vorstand ist verpflichtet, den Bericht als Gegenstand der Tagesordnung (§. 256 Anm. I) bei Berufung der nächsten Generalversammlung anzukündigen. Diese Verpflichtung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 319 Abs. 1). Unabhängig davon ist auch (z. B. bezüglich einer bereits berufenen Generalversammlung) die Durchsetzung einer Ankündigung auf dem Wege des §. 254 zulässig (§. 254 Anm. IIc). Da §. 267 Ankündigung bei Berufung verlangt (vgl. §. 256 Anm. IIc), so ist wohl anzunehmen, daß gemäß **§. 267** der Vorstand zur Ankündigung nur verpflichtet ist, wenn er bereits zu der Zeit des Beginnes der Berufungshandlungen Kenntnis von der erfolgten Einreichung des Berichts hat; etwaige Mißbräuche können gemäß §. 254 unschädlich gemacht werden. Ob die Berichterstattung allein einen Grund zur Berufung einer ohnedies nicht erforderlichen Generalversammlung bildet, ist nach allgemeinen Grundsätzen (§. 253 Anm. II) zu entscheiden.

III. **Kosten.** Beruht die Prüfung auf Mehrheitsbeschluß, so hat die Gesellschaft die Kosten zu tragen. Beruht sie auf Anordnung des Gerichts gemäß Antrag der Minderheit, so hat demnächst die Generalversammlung zu beschließen, ob „die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind", d. h. wohl nur (§. 254 Anm. V), ob die Gesellschaft freiwillig die Tragung der Kosten übernehmen will. Zu den Kosten gehört eine etwaige den Revisoren zukommende Vergütung (Denkschr. 150).

IV. **Haftung böslich handelnder Antragsteller.** Vgl. §. 273 Anm. IV, §. 269 Anm. VI. Die Haftung tritt nur im Falle eines Minderheitsantrages an das Gericht ein, nicht auch im Falle eines Mehrheitsbeschlusses. Bösliche Handlungsweise vgl. §. 202 Anm. IIb.

VI. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§§. 268—270).

§. 268.

Beschluß, Minderheitsrecht, Vertretung im Rechtsstreit.

Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die nach den §§. 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen oder aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths müssen geltend gemacht werden, wenn es in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird.

Zur Führung des Rechtsstreits kann die Generalversammlung besondere Vertreter wählen. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit ver-

langt, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft als deren Vertreter zur Führung des Rechtsstreits bestellt werden. Im Uebrigen bewendet es bei den Vorschriften des §. 247; diese kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt ist.

A.D.H. Art. 223 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 (195 Abs. 1). **Entw. I** §. 244. **Entw. II** §. 260.

§ 268.

I. **Ansprüche der Gesellschaft aus Gründung oder Geschäftsführung.**

a. **Ansprüche der Gesellschaft.** Vgl. §. 202 Anm. I. Unter §. 268 fallen mithin nicht Ansprüche einzelner. Über die letzteren vgl. §. 202 Anm. I, §. 241 Anm. III, IV, §. 249 Anm. III, IV.

b. **„Aus der Gründung gegen die nach den §§. 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen."** Dies ist aufzufassen als abgekürzter Ausdruck für „auf Grund der Bestimmungen der §§. 202—204, 208" (§. 205 Anm. II). Unter §. 268 fallen mithin nicht Ansprüche gegen Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats auf Grund anderer Bestimmungen, insbesondere auf Grund besonderer nicht in jenen Paragraphen erwähnter Verträge, wenngleich die betreffenden Ansprüche mit der Gründung zusammenhängen. — Durch die Bezugnahme auf §. 208 sind hier zu Ansprüchen aus der Gründung auch Ansprüche aus einer vor Eintragung vereinbarten Nachgründung gezählt.

c. **„Aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats."** Auch Ansprüche gegen einzelne dieser Mitglieder sind einbegriffen. Wohl auch dann findet §. 268 Anwendung, wenn der in Anspruch zu Nehmende zur Zeit der Generalversammlung nicht mehr Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats ist, falls nur der Anspruch sich auf die frühere Geschäftsführung stützt. — Über Geschäftsführung der Vorstandsmitglieder vgl. §. 231 Anm. III, über Geschäftsführung der Aufsichtsratsmitglieder vgl. §. 246 Anm. III. Nicht auf die Geschäftsführung gründet sich ein Anspruch wegen Übertretung des Verbots (§. 236) von Sondergeschäften der Vorstandsmitglieder (K.B. 73). — Über Ansprüche gegen Liquidatoren vgl. §. 294 Abs. 2, §. 298 Abs. 2, Denkschr. 150.

II. **Geltendmachung.** Hierunter ist namentlich die gerichtliche Geltendmachung verstanden. Dies ergiebt sich aus der Gleichstellung der „Geltendmachung" in Abs. 1 mit „Führung des Rechtsstreits" in Abs. 2, ferner auch aus der Vorschrift in §. 269 Abs. 1 Satz 1. Die Begrenzung der Vollmacht besonderer Vertreter durch die Worte „zur Führung des Rechtsstreits" ist andererseits wohl enger als beabsichtigt. Ist z. B. ein besonderer Vertreter gewählt oder ernannt, und kommt es noch vor Anstellung eines Rechtsstreits zu einem Vergleich, so wird wohl als beabsichtigt anzunehmen sein, daß — abgesehen von den sonst erforderlichen Zustimmungserklärungen, §§. 205, 270 — der besondere Vertreter, und nicht etwa der Vorstand oder Aufsichtsrat die Vergleichsabschlußerklärung namens der Gesellschaft abzugeben hat. Ebenso ist auch die Geltendmachung des Anspruchs durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft unter Umständen in anderer Weise als durch Klage möglich. Hieraus ist abzuleiten, daß „Geltendmachung" nur in dem Sinne von „nötigenfalls gerichtliche Geltendmachung" gebraucht ist, und daß wohl auch die besonderen Vertreter als ermächtigt zur „Geltendmachung" in diesem Sinne zu erachten sind. — Die Geltendmachung muß erfolgen auch wenn sie nach Ansicht der Gesellschaftsvertreter sachlich ungerechtfertigt ist, z. B. an einem früheren Entlastungsbeschluß scheitern muß. — Die Verpflichtung zur Geltendmachung ist erzwingbar — abgesehen von der Bestellung be-

sonderer Vertreter — nur durch Schadensersatzklagen gegen die ihre Obliegenheit vernachlässigenden Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat und die besonderen Vertreter.

III. **Mehrheitsbeschluß oder Minderheitsverlangen der Geltendmachung.**

a. **Beschluß.** Vgl. §. 266 Anm. III. Über den Ausschluß der Stimmbefugnis desjenigen, gegen welchen der etwa beschlossene Rechtsstreit zu richten wäre, vgl. §. 252 Anm. Va, b 4.

b. **Minderheitsverlangen.** Das Verlangen muß in der Generalversammlung gestellt werden. Dennoch ist es kein „Beschluß" (§. 251 Abs. 1: „größere"; dagegen Pinner Anm. III 3 d); es unterliegt daher z. B. nicht der Anfechtung gemäß §§. 271 ff. (§. 271 Anm. II). Man wird jedoch — da anderenfalls die Minderheit freier gestellt wäre als die Mehrheit — die Vorschriften über Beschlußfassungen insoweit entsprechend anwenden müssen, daß auch die Stellung des Minderheitsverlangens nur nach vorheriger Ankündigung der Verhandlung über die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen (§. 256 Anm. II d) zulässig ist (Esser Anm. 1, Pinner Anm. III c). Die Stellung des Verlangens liegt nicht bereits in einem Stimmen für einen von anderen gestellten Antrag auf Geltendmachung, vielmehr nur in dem selbständigen Ausdrücken eines dahingehenden Willens (Behrend §. 113 Anm. 9, Staub Art. 223 §. 3). Diese Erklärung eines selbständigen Willens kann aber bereits vor diesbezüglicher Beschlußfassung der Generalversammlung abgegeben werden (Staub a. a. O. gegen Behrend a. a. O.). — Zweifelhaft ist, wie ein auf Geltendmachung lautender Mehrheitsbeschluß wirkt, welcher ergeht, nachdem ein Minderheitsverlangen gestellt war. Man wird sich dafür zu entscheiden haben, daß er zunächst einflußlos bleibt. Sonst könnten der Minderheit auf diesem Wege die Rechte aus §. 268 Abs. 2 Satz 2, §. 269 Abs. 1 Satz 1, §. 270 entzogen werden. Nimmt man dies an, so werden aber trotz eines solchen nachträglichen Mehrheitsbeschlusses auch die sämtlichen Vorschriften des §. 269 zur Anwendung zu bringen sein. Der Minderheit steht allerdings das Recht zu, von ihrem Verlangen jederzeit zurückzutreten; thut sie dies, so tritt dann der Mehrheitsbeschluß in Wirksamkeit. — Man wird anzunehmen haben, daß jedem einzelnen Aktionär, welcher Mitglied der Minderheit ist, freisteht, seinerseits jederzeit das Verlangen zurückzuziehen; es kommt dann darauf an, ob noch die übrigen Mitglieder der Minderheit ein Zehntel des Grundkapitals vertreten (vgl. §. 270). — Über die Folgerung, welche sich daraus ergiebt, daß in §§. 268—270 die Minderheit auf ein Zehntel des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) festgesetzt ist, in § 205 dagegen auf ein Fünftel des Grundkapitals, vgl. § 205 Anm. IV b. Daß nur diejenigen Aktionäre zur Stellung des Verlangens sachlich berechtigt sind, welchen die betreffenden Anteile seit mindestens sechs Monaten zustehen, ergiebt sich aus der Vorschrift des §. 269 Abs. 2 Halbs. 2; die Prüfung dieses Umstandes ist allerdings an eine spätere Stelle des Verfahrens gelegt. Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte bei Stellung des Verlangens vgl. §. 318.

c. **Ist kein Beschluß ergangen und kein Minderheitsverlangen gestellt,** so kommen die allgemeinen Regeln über Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen zur Anwendung; diese Ansprüche können daher nach eigenem Ermessen der gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft geltend gemacht werden (ebenso Staub Art. 223 §. 2, Behrend §. 113 Anm. 3, Pinner Anm. II gegen R.G. XVIII, 62). Nach Denkschr. 150 ist, um dies klarzustellen, die jetzige Fassung („müssen" statt „sind zu erheben") gewählt; daß die beiden Fassungen an sich einen verschiedenen Sinn haben, ist allerdings nicht anzuerkennen (ebenso Staub Suppl. zu Art. 223, Pinner Anm. II, Esser Anm. 1). Auch der Konkursverwalter kann nach eigenem Ermessen, ohne daß ein vorheriger Generalversammlungsbeschluß erforderlich, die Ansprüche geltend machen (Bolze Bd. 23 No. 581). — Hat die Generalversammlung einen Antrag auf Geltendmachung

abgelehnt, so liegt darin nicht schon ein Verbot der Geltendmachung; selbst dann können daher die gewöhnlichen Vertreter nach eigenem Ermessen den Anspruch geltend machen. Erläßt die Generalversammlung ein ausdrückliches Verbot der Geltendmachung, so ist der Vorstand im inneren Verhältnis daran gebunden (§. 235 Abs. 1), der Aufsichtsrat im inneren und äußeren (§. 247 Anm. I a) Verhältnis; letzterer jedoch überhaupt nicht, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt (§. 247 Abs. 2).

IV. **Vertreter im Rechtsstreit.**

a. **Wahl besonderer Vertreter.** Eine solche Wahl kann sowohl im Fall eines Beschlusses wie im Fall eines Minderheitsverlangens auf Geltendmachung erfolgen; nur steht in letzterem Fall der Minderheit das Recht zu, bei dem Gericht die Ernennung der von ihr bezeichneten Person trotz gegenteiliger Mehrheitswahl zu verlangen. Die Wahl der Vertreter fällt mit unter den Gegenstand der Beratung über Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen, bedarf daher keiner besonderen Ankündigung. Dafür, in welcher Weise die Wahl zu erfolgen hat, ist in erster Reihe die Satzung maßgebend (§. 251 Anm. IV). Ist die Wahl erfolgt, so wird hierdurch die Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) und Vertretungsmacht (im äußeren Verhältnis; vgl. §. 235 Anm. I a) nur in derselben Weise beschränkt wie bei einem seitens der Generalversammlung erlassenen Verbot der Geltendmachung (oben Anm. III c). Eine vollständige Aufhebung der Vertretungsmacht der gewöhnlichen Vertreter ist nicht anzunehmen; die bezüglich des Vorstandes darin liegende Ausnahme von §. 235 Abs. 2 hätte besonderer Hervorhebung bedurft; bezüglich des Aufsichtsrats aber spricht dagegen die ausdrückliche Verweisung auf §. 247 in §. 268 Abs. 2 Satz 3, wenngleich anscheinend in Denkschr. 151 vorausgesetzt ist, daß diese Verweisung eine geringere Tragweite habe. Über den Fall des gleichzeitigen Auftretens mehrerer Vertretergruppen im Rechtsstreit vgl. §. 247 Anm. I c. Über den Umfang der Vertretungsmacht der besonderen Vertreter vgl. oben Anm. II.

b. **Bestellung besonderer Vertreter durch das Gesetz.**

1. Nur wenn auf Grund eines Minderheitsverlangens die Geltendmachung erfolgt (oben Anm. III b), darf das Gericht eingreifen.
2. Antragsberechtigt sind diejenigen Aktionäre (§. 254 Anm. I a), welche das Minderheitsverlangen gestellt haben. Zu beachten sind wohl alle Anträge, welche von einer solchen Zahl jener Aktionäre gestellt werden, daß die Antragsteller ein Zehntel des Grundkapitals vertreten. Wollte man einen gemeinsamen Antrag aller Aktionäre der Minderheit (vgl. §. 269 Anm. V) verlangen, so könnte der Minderheit das Recht durch einen Aktionär der Gegenpartei entzogen werden, der sich zu diesem Zwecke dem Minderheitsverlangen in der Generalversammlung anschließt, demnächst sich jedoch weigert, bei der Antragstellung mitzuwirken. Daß die Anteilberechtigung der Antragsteller bereits seit sechs Monaten vor der Generalversammlung bestehe (§. 269 Abs. 2 Halbs. 2), ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen (vgl. oben Anm. III b). Über die Strafbarkeit mißbräuchlicher Benutzung fremder Anteilrechte vgl. §. 318.
3. Das Verfahren ist geordnet durch G.fr.Ger. §§. 145, 146 (abgedruckt vor H.G.B. §. 105).
4. Zuständig ist das Registergericht (G.fr.Ger. §. 145) des Sitzes (H.G.B. §. 182 Anm. IV b 2) der Gesellschaft (§. 268 Abs. 2 Satz 2). Das Prozeßgericht ist nicht berechtigt, die Rechtmäßigkeit einer erfolgten Bestellung besonderer Vertreter nachzuprüfen (O.L.G. Hamburg v. 5. Juni 1893 Z.f.H. Bd. 43 S. 326).
5. Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Ernennung bestimmter Personen. Nur diejenigen Personen (mehrere oder einzelne) dürfen ernannt werden, welche von der Minderheit bezeichnet sind. Werden mehrere zulässige Anträge

gestellt (oben zu 2) und in denselben verschiedene Personen bezeichnet, so wird das Gericht frei zu ermessen haben, welche von diesen es ernennen will. „Können" vgl. §. 140 Anm. II b, §. 266 Anm. IV d 3.

6. **Vertretungsmacht der ernannten Vertreter.** Die Denkschr. 151 bemerkt: „Es versteht sich von selbst, daß in diesem Fall die von dem Gerichte bestellten Vertreter alle anderen Personen, die an und für sich noch sonst zur Vertretung der Gesellschaft legitimirt sein würden, von dieser Vertretung ausschließen." Dies ist für die Vertretungsbefugnis (im inneren Verhältnis) allgemein anzuerkennen. Ebenso für die Vertretungsmacht (im äußeren Verhältnis; vgl. §. 235 Anm. I a) des Aufsichtsrats, da dessen Vertretungsmacht nicht weiter reicht als seine Vertretungsbefugnis (§. 247 Anm. I a). Nicht aber (vgl. auch oben Anm. III c, IV a) für die Vertretungsmacht des Vorstandes; denn hierin läge eine Beschränkung für gewisse Geschäfte (§. 235 Abs. 2), und der Dritte würde nicht einmal in der Lage sein, aus dem Handelsregister diese Beschränkung zu ersehen. Über den Fall der Kenntnis des Dritten von der Beschränkung des Vorstandes vgl. §. 235 Anm. III c 3. — Über den Umfang der Vertretungsmacht der besonderen Vertreter vgl. oben Anm. II. — Während des Konkurses der A.G. stehen auch die Rechte der ernannten besonderen Vertreter dem Konkursverwalter zu.

c. **Werden keine besonderen Vertreter bestellt**, so sind — gleichgiltig ob ein Mehrheitsbeschluß oder ein Minderheitsverlangen vorliegt — die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft verpflichtet, die Geltendmachung (oben Anm. II) zu bewirken. Soweit Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder in Frage stehen, ruht daher diese Verpflichtung auch (§. 247 Anm. I c) auf dem Aufsichtsrat (§. 268 Abs. 2 Satz 3, Denkschr. 151). Der in Art. 223 Abs. 3 A.D.H. für entsprechend anwendbar erklärte Art. 195 Abs. 2 A.D.H. bestimmte: „Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen." Dies ist als „ohne erhebliche Bedeutung" nicht in das H.G.B. aufgenommen (Denkschr. 151); in solchem Fall werden daher die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft die Geltendmachung zu übernehmen haben.

§. 269.

Verfahren bei Geltendmachung gemäß Minderheitsverlangen.

Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an erfolgen. Der Klage ist das Protokoll der Generalversammlung, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs betrifft, in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Die Minderheit hat eine den zehnten Theil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreits zu hinterlegen; es ist glaubhaft zu machen, daß sich die Aktien seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden.

Dem Beklagten ist auf Verlangen wegen der ihm drohenden Nachtheile von der Minderheit eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Minderheit ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Für den Schaden, der dem Beklagten durch eine unbegründete Klage entsteht, haften ihm die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

A.D.H. Art. 223 Abs. 2 Satz 1, 3—9. **Entw. I** §. 245. **Entw. II** §. 261.

§. 269.

I. **Geltendmachung auf Verlangen der Minderheit.** Nur auf diesen Fall der Geltendmachung beziehen sich alle Bestimmungen des §. 269; unerheblich ist hierbei, ob die Geltendmachung durch besondere Vertreter oder durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft erfolgt (anders Rudorff). Geltendmachung vgl. §. 268 Anm. II. Auf Verlangen der Minderheit vgl. §. 268 Anm. III b.

II. **Klageanstellung.**

a. **Klagende Partei** ist die Gesellschaft (vgl. §. 269 Abs. 4). Jeder Aktionär, auch wenn er nicht an der Generalversammlung teilgenommen hat, kann als Nebenintervenient beitreten (§. 210 Anm. II c, K.B. 93).

b. **Frist.** §. 269 Abs. 1 Satz 1. Die Klage ist spätestens binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an (B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2, 3) zu erheben, falls nicht (§. 268 Anm. II) vorher eine andere Art der Geltendmachung zum Ziele geführt hat. Auch eine Erhebung im Wege der Widerklage ist zulässig. Die Frist des §. 269 Abs. 1 Satz 1 hat einerseits die Bedeutung, daß hierdurch die Minderheit gegen eine Verzögerung gesichert werden soll, außerdem aber die weitere Bedeutung, daß die Erhebung der Klage auf Grund des früheren Minderheitsverlangens unzulässig ist, sobald jene Frist verstrichen ist (M. 162, Denkschr. 151). Der Richter hat von Amtswegen die Einhaltung der Frist zu prüfen (Behrend §. 113 Anm. 12; wohl dagegen Staub Art. 223 §. 4). Auch nach Ablauf der Frist kann jedoch das Minderheitsverlangen wiederholt werden, und dann beginnt das Verfahren von neuem (M. 162, Esser Anm. 1; dagegen Behrend §. 113 Anm. 12, welcher ein neues Minderheitsverlangen nur zulassen will, wenn sein Inhalt ein anderer ist).

c. **Beifügung eines Protokollauszuges.** §. 269 Abs. 1 Satz 2. Durch die Beifügung dieses Auszuges wird die Klage als eine auf Verlangen der Minderheit erhobene gekennzeichnet, woraus dann Unterschiede im Verfahren folgen. Aus diesem Grunde wird auch wohl nicht anzunehmen sein, daß diese Formvorschrift zu beliebiger Zeit nachgeholt werden kann (a. M. Behrend §. 113 Anm. 13, Staub Art. 223 §. 5, Pinner Anm. III); jedenfalls ist dies wohl nicht mehr nach Beginn der ersten mündlichen Verhandlung für zulässig zu erachten. Öffentliche Beglaubigung vgl. §. 12 Anm. I f, G.fr.Ger. §§. 128, 167 ff., 191.

III. **Hinterlegung.** §. 269 Abs. 2.

a. **Hinterlegungspflichtiger** ist die Minderheit, das heißt doch wohl (vgl. §. 268 Anm. IV b 2) eine beliebige Anzahl derjenigen Aktionäre, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben. Da sie (abgesehen von einer etwaigen Nebenintervention, oben Anm. II a) nicht selbständig im Rechtsstreit auftreten können, so haben sie den Nachweis der erfolgten Hinterlegung dem Vertreter der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, und dieser hat ihn im Rechtsstreit vorzulegen. Die erfolgte Hinterlegung ist von Amts wegen zu prüfen; wird der Nachweis nicht erbracht, so ist auf Antrag die Klage abzuweisen (Pinner Anm. IV 1). Die Hinterlegung ist nicht erforderlich, solange thatsächlich keine Mitgliedscheine ausgegeben sind (§. 255 Anm. III).

b. **Gegenstand** der Hinterlegung sind Mitgliedscheine (§. 179 Anm. IV a), deren Gesamtnennbetrag ein Zehntel des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) erreicht. Nicht notwendig alle Mitgliedscheine, für welche der Minderheitsantrag gestellt war. Bezüglich der hinterlegten Mitgliedscheine („die Aktien") ist glaubhaft zu machen (C.P.O. §. 294), daß bezüglich der entsprechenden Anteilrechte die „die Minderheit bildenden Aktionäre" seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, anteilberechtigt (§. 252 Anm. III b 1) sind. Trotz der von §. 266 Abs. 3 abweichenden Fassung ist wohl auch hier gemeint, daß jedes einzelne Anteilrecht demselben Aktionär während der sechs Monate zugestanden haben müsse, daß mithin nicht genüge, wenn es während der sechs Monate nur stets einem der Minderheitsaktionäre zugestanden hat.

IV. **Sicherheitsleistung.** §. 269 Abs. 3.

a. **Verlangen.** Vgl. §. 272 Anm. IV a. Der Beklagte steht in keinerlei unmittelbaren Beziehungen zu den Aktionären der Minderheit. Auch paßt §. 269 Abs. 3 nur auf ein im Rechtsstreit gestelltes Verlangen (entsprechend §. 272 Abs. 3); im Rechtsstreit aber ist die Minderheit nicht vertreten (oben Anm. II a). Das Verlangen kann daher nur an die Gesellschaft gerichtet werden.

b. **„Ist".** Ein Antrag, die Fassung in: „Das Gericht kann anordnen . . . ." zu ändern, wurde abgelehnt (K.B. 93). Stellt der Beklagte das Verlangen, so muß daher die Anordnung erfolgen.

c. **Sicherheitspflichtiger** ist die Minderheit. Vgl. oben Anm. III a.

d. **Art und Höhe der Sicherheit.** Vgl. §. 272 Anm. IV d. Zu den drohenden Nachteilen werden die Prozeßkosten zu rechnen sein, wenn die Gefahr droht, daß die Gesellschaft im Falle, daß sie den Rechtsstreit verliert, zu ihrer Bezahlung außer Stande ist.

e. **Frist** zur Sicherheitsleistung und **Folgen der Versäumung.** Vgl. §. 272 Anm. IV e. Auch die Fristsetzung kann nur gegenüber der Gesellschaft erfolgen, und die Versäumnisfolgen können nur ihr gegenüber eintreten; der Minderheit — obgleich sie nach dem Gesetz nicht einmal notwendig Kenntnis von dem Verlangen und von der Fristsetzung erhält — bleibt überlassen, die Vertreter der Gesellschaft in den Stand zu setzen, die Versäumnisfolgen abzuwenden (oben Anm. III a).

V. **Kosten des Rechtsstreits.** §. 269 Abs. 4. Die Parteien im Rechtsstreit (Gesellschaft und Beklagter) haften einander für die Kosten. Im inneren Verhältnis der Gesellschaft zur Minderheit ist jedoch letztere zur Kostentragung verpflichtet. Auch wenn der Rechtsstreit gewonnen wird, die Kosten aber nicht beitreibbar sind. Unter Minderheit sind hier alle Aktionäre zu verstehen, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben (anders in §. 268 Abs. 2, §. 269 Abs. 2, 3; vgl. §. 268 Anm. IV b 2, §. 269 Anm. III a, IV c), und zwar jeder einzelne bezüglich der Kosten, welche bis zur etwaigen Zurückziehung des Verlangens seitens des betreffenden Aktionärs (vgl. §. 268 Anm. III b) entstanden sind. Aus der Zusammenfassung aller unter der gemeinsamen Bezeichnung „Minderheit" wird man ableiten können, daß eine Haftung als Gesamtschuldner gemeint ist, mithin die Auslegungsvorschrift des B.G. §. 420 nicht Anwendung findet (dagegen Pinner Anm. IV 3). Der Minderheit — zumal da sie keinen Einfluß auf den Gang des Rechtsstreits hat — wird die Einrede offen stehen, daß vorwiegend durch Verschulden der Gesellschaft das Entstehen von Kosten oder die Nichtbeitreibbarkeit herbeigeführt worden ist (B.G. §. 254, Pinner Anm. IV 3; dagegen Esser Anm. 2 und wohl auch M. 163; vgl. auch entsprechend anzuwenden B.G. §. 162 Abs. 2). — Über die unter Umständen bestehende Verpflichtung der Minderheit, dem Beklagten wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, vgl. oben Anm. IV d.

VI. **Haftung böslich handelnder Aktionäre** der Minderheit. §. 269 Abs. 5. Vgl. §. 273 Anm. IV, §. 267 Anm. IV. Die Haftung besteht gegenüber dem Beklagten.

§. 270.

Verzicht oder Vergleich nach erfolgtem Minderheitsverlangen.

Bezüglich eines Anspruchs, dessen Geltendmachung die Minderheit auf Grund der Vorschrift des §. 268 Abs. 1 verlangt hat, ist ein Verzicht oder ein Vergleich der Gesellschaft nur dann zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 246. **Entw. II** §. 262.

§. 270.

I. **Anspruch, dessen Geltendmachung die Minderheit verlangt hat.**

a. **Anspruch.** Vgl. §. 268 Anm. I. Bezüglich der Ansprüche aus der Gründung oder Nachgründung kommt §. 205 neben §. 270 zur Anwendung.

b. **Verlangen der Minderheit.** Vgl. §. 268 Anm. III b. Nur ein „auf Grund der Vorschrift des §. 268 Abs. 1" gestelltes Verlangen kommt in Betracht. Unerheblich sind daher insbesondere etwaige vor der Generalversammlung gestellte Anträge (Pinner Anm. II).

II. **Verzicht oder Vergleich.** Vgl. §. 205 Anm. I. Unter Verzicht ist auch eine Entlastungserklärung (§. 260 Anm. IV a) begriffen; gerade diese ist der häufigste Fall eines Verzichts auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Geschäftsführung. Über die Frage, ob auch etwa bestellte besondere Vertreter die Gesellschaft bei Abgabe der Vergleichs- oder Verzichtserklärung zu vertreten ermächtigt sind, vgl. §. 268 Anm. II.

III. **Zustimmung von Aktionären der Minderheit.** Nicht alle Aktionäre, welche das Minderheitsverlangen gestellt haben, brauchen zuzustimmen (Denkschr. 151), sondern nur so viele, daß die Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III a) der übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals darstellen. Gezählt werden nur diejenigen Anteilrechte, für welche das Verlangen ursprünglich gestellt worden ist. Die Zustimmung ist an keine bestimmte Form gebunden; insbesondere ist daher nicht erforderlich, daß sie in der Generalversammlung erklärt wird (vgl. §. 250 Anm. II a, §. 276 Anm. IV b 1). — Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn schon vorher das Minderheitsverlangen unwirksam geworden ist, z. B. wegen fruchtlosen Ablaufs der Frist des §. 269 Abs. 1 (Denkschr. 151, §. 269 Anm. II b), oder wegen Zurückziehung des Verlangens seitens so vieler Mitglieder der Minderheit, daß die übrigen nicht mehr ein Zehntel des Grundkapitals vertreten (§. 268 Anm. III b).

VII. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§§. 271—273).

Anfechtungsberechtigte. Frist. §. 271.

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage angefochten werden.

Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf

gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Eine Anfechtung, die darauf gegründet wird, daß durch den Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Antheile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen.

Außerdem ist der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

A.D.H. Art. 222 (190a Abs. 1). **Entw. I** §. 247. **Entw. II** §. 263.

§. 271.

I. **Anfechtung im Wege der Klage.**

a. **Anfechtung.** Hierunter ist in §§. 271 ff. nicht (was dem B.G. §. 143 entsprechen würde) die einmalige, durch Klageerhebung abzugebende Erklärung zu verstehen, vielmehr das Verfahren in seiner ganzen Dauer. Dies geht klar hervor aus dem Gebrauch des Wortes in §. 273 Abs. 2. Eine Folgerung hieraus vgl. unten Anm. V a 4.

b. **Im Wege der Klage.** Über die Eigenart der hier genannten Klage ist näher in §§. 271—273 bestimmt. Ausgeschlossen ist nicht, daß gleichzeitig auch eine einstweilige Verfügung erlangt wird, z. B. auf Unzulässigkeit der bevorstehenden Eintragung des angefochtenen Beschlusses (§. 16 Abs. 2, Denkschr. 152). — Über die Fälle, in denen trotz Nichtanstellung der Anfechtungsklage der §§. 271 ff. in anderer Weise als in dem Verfahren der §§. 271 ff. die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses geltend gemacht werden kann, vgl. §. 273 Anm. II. In anderen als den letzterwähnten Fällen (§. 273 Anm. II b) ist neben dem Verfahren gemäß §§. 271 ff. auch nicht eine Feststellungsklage gemäß C.P.O. §. 256 zulässig (vgl. R.G. v. 8. November 1895 J.W. 602). Über die Frage, inwieweit der Aktionär im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen die Eintragung des Beschlusses wirken kann, vgl. §. 273 Anm. V c. Solange die Frist des §. 271 Abs. 2 läuft oder eine angestellte Anfechtungsklage nicht zu Ungunsten des Anfechtenden rechtskräftig entschieden ist, kann er selbst in den Fällen, in denen an sich nur das Verfahren gemäß §§. 271 ff. zulässig ist, daneben sich mit allen Mitteln des gewöhnlichen Verfahrens gegen die etwa aus jenen Beschlüssen seitens der Gesellschaft gezogenen Folgerungen verteidigen und zu diesem Zwecke auch die Nichtigkeit jener Beschlüsse geltend machen. — Eine Anstellung der Anfechtungsklage der §§. 271 ff. im Wege der Widerklage erscheint unzulässig, da §. 272 die Vertretung der Gesellschaft für diesen Fall anders ordnet als für sonstige Klagen, und es nicht angängig erscheint, daß in demselben Verfahren eine Partei, soweit die Klage in Betracht kommt andere Vertreter hat als soweit die Widerklage in Betracht kommt (Pinner Anm. II; dagegen M. 157, Behrend §. 123 Anm. 12, Staub Art. 190a §. 5 S. 516, Ring Art. 190a Anm. 4 S. 459). — Die A.G. ihrerseits kann auf Feststellung im gewöhnlichen Verfahren klagen (ebenso Ring a. a. O.; dagegen Staub a. a. O., H. Makower 11. Aufl. Art. 222 Anm. 86 b 1), wenn die Voraussetzungen des §. 256 C.P.O. vorliegen; ein Interesse an alsbaldiger Feststellung kann z. B. vorhanden sein, wenn der Aktionär die Beschlüsse für unverbindlich erklärt, und es zweifelhaft ist, ob er dieselben nur gemäß

§§. 271 ff. anfechten, oder ob er auch mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln selbst nach Ablauf der einmonatlichen Frist seinen Standpunkt geltend machen kann.

II. **Gegenstand der Anfechtung** ist der Beschluß einer Generalversammlung. Auch eine Wahl ist ein Beschluß (§. 251 Anm. IV; Bolze Bd. 12 Nr. 510, O.L.G. Hamburg v. 28. Februar 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 467). Wenn das Verfahren bei Feststellung des Willens der Versammlung ein so regelloses war, daß es nicht unter den Begriff eines „Beschlusses" fällt, oder wenn die Versammlung, weil bei ihrer Berufung oder ihrem Zusammentreten sehr erhebliche Verstöße gegen das vorgeschriebene Verfahren vorgekommen sind, nicht unter den Begriff einer „Generalversammlung" fällt (unten Anm. V a 3 β), so findet nicht das Verfahren gemäß §§. 271 ff. statt, sondern es sind die gewöhnlichen Rechtsmittel anwendbar (§. 273 Anm. II b 2). Ebenso wohl auch, wenn festgestellt werden soll, daß ein von der A.G. behaupteter einstimmiger Beschluß aller Aktionäre, welcher den Beschluß einer Generalversammlung ersetzen könnte (§. 253 Anm. III), in Wahrheit nicht vorliege. Über die Frage, ob §§. 271 ff. auch anwendbar auf die vor Entstehung der A.G. abgehaltenen Generalversammlungen sind, vgl. §. 197 Anm. II b. — Auch ein in gesonderter Abstimmung (z. B. der benachteiligten Sondergattungsaktionäre) gefaßter Beschluß ist anfechtbar unter entsprechender Anwendung der §§. 271 ff. (vgl. M. 160). Nicht anfechtbar aber im Verfahren der §§. 271 ff. ist ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung gestellt werden muß (ebenso Staub Art. 223 §. 3; dagegen O.L.G. Karlsruhe v. 15. März 1889 Z.f.H. Bd. 43 S. 325, Pinner §. 268 Anm. III 3 d); ein Minderheitsverlangen ist kein Beschluß (§. 268 Anm. III b).

III. **Anfechtungsgrund** ist Verletzung des Gesetzes oder der Satzung. Eine Verletzung des Gesetzes liegt sowohl in einer Verletzung des öffentlichen (= zwingenden) Rechts, wie auch in einer Verletzung eines durch Gesetz geschützten verzichtbaren Sonderrechts (§. 250 Anm. III a) oder Gläubigerrechts (§. 250 Anm. IV) oder auch der Rechte von Nichtaktionären. Ob die verletzte Vorschrift auf Gesetz oder ob sie auf Satzung (§. 182 Anm. I) beruht, ist unerheblich für die eintretenden Folgen der Anfechtung oder der Nichtanfechtung; Unterscheidungen knüpfen nur daran an, ob die Vorschrift verzichtbar oder unverzichtbar ist (§. 273 Anm. II b 4); auch gesetzliche Vorschriften können aber verzichtbar sein. Auch ein nur auf die Handhabung der Geschäftsordnung bezüglicher Beschluß kann gemäß §§. 271 ff. angefochten werden (R.G. XXXVI, 26). Eine Verletzung des Gesetzes liegt auch in der Verletzung eines Minderheits- oder eines Sondergattungsrechts; auch eine solche Verletzung kann mithin durch jeden einzelnen Aktionär geltend gemacht werden. So auch ein Verstoß gegen das Recht (§. 250 Anm. III c 4) auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (R.G. XXXVIII, 15). Das Vorliegen einer Verletzung von Gesetz oder Satzung wird an sich nicht dadurch ausgeschlossen, daß die beschlossene Maßregel nützlich für die A.G. oder sittlich geboten ist (R.G. III, 126, XL, 35; vgl. jedoch §. 250 Anm. III c 6, V b 3). Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen wegen einer Verletzung der Bewertungsgrundsätze die Bilanzfeststellung angefochten werden kann, vgl. §. 260 Anm. II b. Eine Verletzung der Satzung liegt — abgesehen von dem Fall des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses — auch dann vor, wenn auf den betreffenden, mit der bisherigen Satzung sachlich nicht zu vereinbarenden Beschluß die für eine Satzungsänderung erforderliche Mehrheit sich vereinigt hat, aber der Beschluß äußerlich sich nicht als Satzungsänderungsbeschluß darstellt (§. 274 Anm. I c). — Über den Fall einer Verletzung der Vorschriften des §. 260 Abs. 2 vgl. §. 260 Anm. IV d. — Da nach §. 273 das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens eine Nichtigerklärung sein soll, so wird man schließen müssen, daß in §. 271 nicht Verletzungen solcher Vorschriften gemeint sein können, welche durch Gebrauch des Wortes „soll" nur als Ordnungsvorschriften gekennzeichnet sind (Johow XII, 28; vgl. z. B. §. 274 Abs. 2, §. 278 Abs. 1 Satz 1).

Zulässig ist die Einrede, daß die vorgekommene Verletzung des Gesetzes oder der Satzung einflußlos auf das Zustandekommen des Beschlusses geblieben sei (dahingestellt R.G. v. 12. Mai 1899 J.W. 396); so z. B. wenn einzelne Mitstimmende kein Stimmrecht hatten, aber auch bei Abrechnung der von ihnen abgegebenen Stimmen eine Mehrheit für den Beschluß vorhanden war (R.G. v. 15. Nov. 1893 bei Bolze Bd. 17 Nr. 531 und in J.W. 1894 S. 20, R.G. v. 9. Jan. 1897 bei Holdheim Ztschr. 121 und in J.W. 112), oder wenn die Berufung in äußerlich genügender Form, aber ohne die nach der Satzung notwendige vorherige Genehmigung anderer Personen erfolgt war (R.G. v. 16. Nov. 1896 bei Bolze Bd. 23 Nr. 583 und in J.W. 1897 S. 12). Der Nachweis des Zusammenhanges zwischen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung und dem Zustandekommen des Beschlusses gehört indessen nicht schon zur Begründung der Klage (R.G. XXXVI, 26). Hieraus folgt, daß die Einwendung nur durchgreift, wenn die Einflußlosigkeit des Verstoßes sicher, nicht wenn sie nur möglich ist (Pinner Anm. V 1).

IV. **Anfechtungsfrist.** Für die Berechnung der einmonatlichen Frist (§. 271 Abs. 2) ist B.G. §§. 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 3 maßgebend. Die Erhebung der Klage (oben Anm. Ib) erfolgt durch Zustellung (C.P.O. §. 253) an die Vertreter der Gesellschaft (§. 272 Abs. 1). Die Frist läuft seit dem Beschluß, auch wenn der Anfechtungsberechtigte von diesem keine Kenntnis hat.

V. **Anfechtungsberechtigte.**

a. **Anfechtung durch einen Aktionär.**

1. **Aktionär.** Vgl. §. 211 Anm. Ia. Auch der Treuhänder (Strohmann) ist berechtigt zur Anfechtung (R.G. XXX, 51: „Der Einwand, daß der Inhaber nicht Eigentümer der in seinem Gewahrsam befindlichen Aktien sei, steht der Anfechtungsklage regelmäßig nicht entgegen", XXXVII, 111, XL, 82; vgl. §. 182 Anm. IIb, §. 252 Anm. IIa). Über die gegenüber dem Treuhänder zulässigen Einwendungen aus der Person des Übertragers vgl. §. 252 Anm. IIa. (R.G. XL, 82: zulässig sei der Einwand, daß „dem Übertragungsakte eine gesetz- oder statutenwidrige Absicht zu Grunde liegt".) Notwendig ist jedenfalls Anteilberechtigung („Aktienbesitz") zur Zeit der Beschlußfassung (R.G. XXXVII, 110); über die Frage, ob diese Anteilberechtigung auch später fortdauern muß, vgl. unten Anm. Va 4. Über die Bestrafung mißbräuchlicher Benutzung eines fremden Anteilrechts zur Ausübung des Anfechtungsrechts vgl. §. 318.

2. Der **Erschienene**, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat.

   α. In der Generalversammlung erschienen. Wer erschienen ist, muß selbst in denjenigen Fällen, in denen er trotz Nichterscheinens hätte anfechten können (unten zu 3), Widerspruch zu Protokoll erklären, um sein Anfechtungsrecht zu wahren (R.G. v. 10. Juli 1898, Holdheim Ztschr. S. 231). Erschienen ist auch, wer sich hat vertreten lassen (Esser Anm. 2, R.G. v. 9. Januar 1897 Holdheim Ztschr. 121 und in J.W. 112). Daß der erschienene Aktionär auch ein Stimmrecht ausüben durfte, ist nicht erforderlich (R.G. v. 9. Januar 1897 a. a. O., vgl. §. 252 Anm. Va).

   β. Gegen den Beschluß. Ein Widerspruch gegen den Beschluß liegt auch in einem Widerspruch gegen das zu dem Beschlusse führende Verfahren. Sollen einzelne Beschlüsse wegen besonderer, nur auf diese bezüglichen Verstöße angefochten werden, so muß gegen diese einzelnen Beschlüsse Widerspruch erklärt sein; dagegen genügt ein allgemeiner Widerspruch, wenn dieselbe Rechtsverletzung auf alle Beschlüsse einwirkt; so z. B. wenn der Widerspruch darauf gegründet wird, daß die Berufung der Versammlung nicht gehörig erfolgt sei (R.G. XXX, 51, R.G. v. 10. Juni 1898 in Holdheim Ztschr. S. 231

und in J.W. 462) oder daß die Redezeit unzulässig beschränkt sei (R.G. XXXVI, 26).

γ. Widerspruch. Erheblich ist nur, daß Widerspruch erklärt ist. Unerheblich ist daher wann er erklärt ist. Daß er vor der Beschlußfassung erklärt werden müsse, ist nicht bestimmt (O.L.G. Hamburg v. 28. Febr. 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 467, Bolze Bd. 12 Nr. 510). Es genügt daher sowohl, wenn er vor der Beschlußfassung, wie auch, wenn er nach der Beschlußfassung erklärt ist. Letzteres selbst wenn bereits zu einem anderen Gegenstand der Tagesordnung übergegangen ist (dagegen, außer bei zusammenhängenden Gegenständen, R.G. XXII, 161, Esser Anm. 3); das Gesetz enthält keine diesbezügliche Beschränkung, und der Vorsitzende würde fast stets durch schnellen Übergang zum nächsten Gegenstand der Tagesordnung einen Widerspruch nach Abstimmung verhindern können. Nur muß allerdings die Erklärung erfolgen, bevor der Vorsitzende die Versammlung für geschlossen erklärt. Unerheblich ist ferner, ob dem Widerspruch eine Begründung beigegeben ist (R.G. XII, 161, R.G. v. 10. Juni 1898 in Holdheim Ztschr. S. 231 und in J.W. 462); daher ist, selbst wenn dies geschehen, der Anfechtende demnächst nicht an sie gebunden, vielmehr bezüglich der von ihm geltend zu machenden Anfechtungsgründe nicht beschränkt (R.G. XX, 141, Bolze Bd. 12 Nr. 510); indessen kann eine nach Ablauf der Frist des §. 271 Abs. 2 erfolgende Ergänzung der angestellten Klage durch neue Klagegründe nicht mehr für zulässig erachtet werden, es sei denn, daß ein Verstoß gegen zwingendes Recht geltend gemacht wird. Einen Verstoß gegen zwingendes Recht hat das Prozeßgericht zu beachten, selbst wenn er nicht als Klagegrund geltend gemacht ist (O.A.G. Jena v. 26. Okt. 1891 Z.f.H. Bd. 43 S. 324). — Im bloßen Stimmen gegen den Beschluß liegt kein Widerspruch (Pinner Anm. III 1a).

δ. Zu Protokoll. Erforderlich ist, daß die Aufnahme des Widerspruchs in das Protokoll verlangt wird. Mit ausdrücklichen Worten allerdings braucht dies Verlangen nicht gestellt zu werden. So genügt z. B. die ausdrückliche Erklärung, „den Beschluß anfechten zu wollen“ (R.G. XXII, 159).

ε. Erklärt. Es genügt, daß der Widerspruch zu Protokoll (§. 259 Anm. II b) erklärt ist (Staub Art. 190a §. 2 S. 516); wenn der Widerspruch gar nicht oder nicht so wie erklärt in das Protokoll aufgenommen wird, so wird hierdurch nur der Beweis erschwert (C.P.O. §. 415), nicht aber die Wirkung der Erklärung als solcher beeinträchtigt. Auch liegt in der Weigerung, den erklärten Widerspruch in das Protokoll aufzunehmen, ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung (§. 250 Anm. V a 6), der die Anfechtung begründen kann (oben Anm. III).

ζ. Aufhebung des Widerspruchs durch Einwilligung. Der Widerspruch wird entkräftet durch ein mit demselben unvereinbares zustimmendes Verhalten des Aktionärs (vgl. R.G. XXXIII, 94). So z. B. durch Stimmen für den Beschluß; nicht schon durch Enthalten bei Abstimmung. So ferner durch Beteiligung bei Ausführung des Beschlusses, es sei denn, daß diese Beteiligung nur unter Vorbehalt erfolgt, und (R.G. XXXIII, 93) nach der Art der Ausführungshandlung ein solcher Vorbehalt rechtlich möglich ist. Nicht bereits durch Annahme des festgesetzten Gewinnanteils nach Erhebung von Widerspruch gegen den Verteilungsbeschluß (R.G. v. 23. Novbr. 1892 Holdheim Ztschr. 1893 S. 47). Soweit eine Zustimmung des Aktionärs zu dem Beschluß (bei oder nach Fassung desselben) nicht anzunehmen ist, geht sein Klagerecht nicht dadurch verloren, daß er bei den dem Beschluß vorhergegangenen Verhandlungen mitgewirkt und dabei den Inhalt des späteren

Beschlusses genehmigt hat (O.L.G. Köln v. 10. April 1891 Z.f.H. Bd. 43 S. 324). In der Teilnahme an einer Versammlung, deren Vorbereitung (Berufung, Ankündigung u. s. w.) ordnungswidrig war, kann zwar ein Verzicht auf Widerspruch liegen (vgl. §. 253 Anm. III, R.G. in Strff. XXIX, 384); doch ist dies nicht notwendig; insbesondere ist die Auslegung der Teilnahme als Verzicht ausgeschlossen, wenn Widerspruch ausdrücklich erklärt wird (R.G. v. 10. Juni 1898 in Holdheim Ztschr. S. 231 und in J.W. 462). Auch wenn die Anfechtungsklage der §§. 271 ff. aus diesem Grunde ausgeschlossen ist, kann dennoch das Angreifen des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln zulässig bleiben. So namentlich im Fall eines Verstoßes gegen zwingendes Recht (§. 273 Anm. IIb 3). Über den Ausschluß dieser gewöhnlichen Rechtsmittel durch Genehmigung des Beschlusses bei Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts vgl. §. 273 Anm. IIb 4.

3. **Der Nichterschienene**, sofern er zur Generalversammlung unberechtigterweise nicht zugelassen worden ist, oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei.

α. Unberechtigte Nichtzulassung. Daß dieser Anfechtungsgrund eines Nichterschienenen genügt, ist nun ausdrücklich hinzugefügt (Denkschr. 151). Berechtigt zur Teilnahme ist (unter den für die Ausübung des Stimmrechts geltenden Maßgaben, §. 252 Anm. I, II, IV) jeder Aktionär, und an dessen Stelle sein gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter. Das Teilnahmerecht darf jedenfalls nicht stärker beschränkt werden als eine Beschränkung des Stimmrechts zulässig ist, da in jeder Beschränkung des ersteren auch eine Beschränkung des letzteren liegt (Pinner §. 252 Anm. II 2). Das Teilnahmerecht besteht jedoch auch, soweit der Betreffende wegen widerstreitenden Interesses von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen ist, denn trotz Ausschlusses vom Stimmrecht kann er sich an der Erörterung beteiligen und Anträge bezüglich dieses Gegenstandes und anderer Gegenstände stellen (§. 252 Anm. Va). Eine Nichtzulassung liegt auch in der Zurückweisung einer vorgelegten Vollmacht als nicht genügend (R.G. XL, 84). Der Nichtzulassung steht — bezüglich der späteren Vorgänge — die Fortweisung unter Ausübung von Zwang oder rechtswidriger Drohung gleich. Nicht notwendig ist, daß die Gesellschaft die Nichtzulassung verschuldet hat. So genügt z. B., daß die Generalversammlung in einem Raum tagt, in welchem einem Dritten das Hausrecht zusteht, und daß der Dritte einem Aktionär den Eintritt untersagt. Über die Frage, ob zur Teilnahme eine vorherige Anmeldung erforderlich ist, vgl. §. 255 Anm. IV.

β. Nicht gehörige Berufung. Dies ist dahin einzuschränken, daß mit der Anfechtungsklage der §§. 271 ff. nur die weniger erheblichen Verstöße geltend gemacht werden können, daß dagegen Verstöße, welche so erheblich sind, daß die Versammlung nicht mehr unter den Begriff einer Generalversammlung fällt, nicht in diesem Verfahren, dagegen mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden können (oben Anm. II, §. 273 Anm. IIb 2). Wo die Grenze zu ziehen, ist sehr zweifelhaft. Staub Art. 238 §. 8 will unterscheiden, ob die Berufung durch eine unzuständige Behörde, oder ob sie ordnungswidrig durch eine zuständige Behörde erfolgt sei; im ersteren Fall und nur in diesem liege keine Generalversammlung vor. Pinner §. 254 Anm. V unterscheidet zwischen einer „überhaupt nicht oder durch offensichtlich unberechtigte Personen berufenen Versammlung" und einer „Versammlung,

welche durch eine zwar in concreto nicht berechtigte, aber zu den Organen der Gesellschaft gehörende Person berufen ist." Beiden Unterscheidungen liegt zwar der richtige Gedanke zu Grunde; in der vorstehenden Fassung sind sie jedoch wohl nicht durchführbar für alle Einzelfälle und würden auch in manchen derselben zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Als entscheidend kann nur die Erheblichkeit der Abweichung von den bestehenden Vorschriften (§§. 253 ff.) angesehen werden (vgl. auch Ring Art. 238 Anm. 6). Als erheblicher Verstoß ist allerdings anzusehen die Berufung durch offensichtlich unberechtigte Personen. Aber auch z. B. die Berufung durch die zuständige Behörde mittels Bekanntmachung in Winkelblättern, oder die Berufung an einen willkürlich gewählten, schwer zugänglichen Ort. Über die Berufung durch Aktionäre kraft richterlicher Ermächtigung, jedoch ohne Bezugnahme auf diese Ermächtigung, vgl. §. 254 Anm. IV d. — Eine unbedeutende Abweichung in der Bezeichnung der Firma bei Berufung der Versammlung, welche zweifellos läßt, welche Firma gemeint sei, giebt nicht einmal einen Grund zur Anfechtung gemäß §§. 271 ff. (R.G. XXXIV, 113). — Über den Fall der Teilnahme an einer nicht gehörig berufenen Generalversammlung vgl. oben Anm. V a 2 β. — Über den Ort, an welchen zu berufen, vgl. §. 250 Anm. V a 4.

γ. Nicht gehörige Ankündigung des Gegenstandes der (stattgehabten) Beschlußfassung. Vgl. §§. 256 ff. „Nicht gehörig" = „nicht ordnungsmäßig" in §. 256 Abs. 2. Der nicht gehörigen steht die unterlassene Ankündigung gleich (§. 256 Anm. IV).

4. **Notwendige Fortdauer der Eigenschaft als Aktionär.** Die Denkschr. 152 bemerkt bezüglich der Zeit nach Anstellung der Anfechtungsklage: „Selbstverständlich hat nötigenfalls der Kläger seine Legitimation zur Führung des Rechtsstreits darzuthun, also nachzuweisen, daß er fortdauernd Aktionär ist." Dies ist wohl in der That auch aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen, trotzdem die Notwendigkeit der Aktienhinterlegung jetzt fortgefallen ist (§. 272 Anm. IV f. Denn unter „Anfechtung" ist in §§. 271 ff. das dauernde Verfahren verstanden (oben Anm. I a); das „befugt sein zur Anfechtung" muß daher während der ganzen Dauer des Verfahrens bestehen. (Das Gleiche muß dann allerdings auch bezüglich der Anfechtungsbefugnis einzelner Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder angenommen werden; unten Anm. V d). Die Anfechtungsbefugnis ist an jede einzelne Anteilberechtigung geknüpft (vgl. jedoch R.G. XXXIII, 94). Mithin genügt die Fortdauer der Berechtigung bezüglich eines Anteils, um eine vorhandene Befugnis zur Anfechtung aufrecht zu erhalten; nur müssen mit Beziehung auf diesen selben Anteil die Bedingungen des §. 271 Abs. 3 Satz 1 gewahrt sein. Unerheblich ist, ob derselbe Aktionär damals auch bezüglich weiterer Anteile berechtigt war, und ob er auch als Vertreter dieser Anteile Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Die bisherige gegenteilige Rechtsprechung (R.G. XXXVII, 110; dagegen H. Makower 11. Aufl. Anm. 86 b 2) beruhte nur auf der jetzt fortgefallenen Vorschrift, daß der anfechtende Aktionär „seine Aktien" zu hinterlegen habe, ist mithin für das jetzige Recht nicht zu verwerten (dagegen Pinner Anm. III c). Schon nach früherem Recht wurde übrigens angenommen (R.G. XXXVII, 112, R.G. v. 11. Juli 1896 J.W. 435, wenn auch mit nicht haltbarer Begründung), daß der nichterschienene anfechtende Aktionär, welcher Inhaberurkunden besaß, nur eine Aktie zu hinterlegen brauche.

b. **Anfechtung durch eine Minderheit von Aktionären.** Nicht jeder Anteilberechtigte als solcher, sondern nur eine Minderheit, deren Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III) den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, sind anfechtungsberechtigt, wenn die Gesetz- oder Satzungswidrigkeit, auf welche die Anfechtung gegründet wird, darin

besteht, daß der Beschluß eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage (vgl. §. 237 Anm. IIb) anordnet. Für die Anfechtung der Minderheit ist Voraussetzung, daß die sie bildenden Aktionäre erschienen sind und gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt haben (K.B. 94). Inwieweit die Minderheit ein Recht auf Unterlassung zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen hat, vgl. §. 213 Anm. IIb. — Falls durch Rücknahme der Klage seitens einzelner der klagenden Aktionäre, durch Veräußerung von Anteilrechten oder aus anderem Grunde der Gesamtnennbetrag der den klagenden Aktionären zustehenden und für die Anfechtung verwertbaren Grundkapitalanteile demnächst unter 1/20 des Grundkapitals sinkt, so erlischt hierdurch die Befugnis zur Fortsetzung des Anfechtungsverfahrens (oben Anm. Va 4, vgl. §. 270 Anm. III).

c. **Anfechtung durch den Vorstand.** Für die Anfechtung durch den Vorstand als Behörde bestehen nur die Voraussetzungen des §. 271 Abs. 1 und 2; dieselbe ist nicht auch abhängig von den Voraussetzungen des §. 273 Abs. 3 und auch nicht davon, daß durch Ausführung der beschlossenen Maßregel die Vorstandsmitglieder sich strafbar machen würden. Dem Recht des Vorstandes zur Anfechtung steht keine entsprechende Pflicht zur Anfechtung gegenüber (dagegen M. 158, Pinner §. 250 Anm. IV, Cosack §. 116 IV 8f, O.L.G. Jena v. 26. Okt. 1891 in Holdheim Ztschr. 1893 S. 219). Denn einerseits bindet ihn eine gesetz- oder satzungswidrige Anweisung der Generalversammlung nicht, selbst wenn sie unangefochten bleibt (§. 235 Anm. II, §. 241 Anm. IIb), und andererseits befreit die Abweisung einer etwa angestellten Anfechtungsklage ihn nicht von der Haftung gegenüber den Gläubigern wegen Ausführung des Beschlusses, da das im Anfechtungsrechtsstreit ergangene, auf Abweisung lautende Urteil nicht Rechtskraft für andere als die Parteien, insbesondere nicht gegenüber den Gläubigern schafft (§. 273 Anm. III, Behrend §. 123 Anm. 31, Pinner §. 250 Anm. IV; dagegen Mehrheit in K.B. 18, Esser Anm. 6). Durch Erhebung der Anfechtungsklage wird daher zwar keine Aussetzung der Ausführung des Beschlusses bedingt (Pinner §. 273 Anm. I), aber Vorstand und Aufsichtsrat haben unter eigener Verantwortung zu prüfen, ob sie ihn ausführen bezw. seine Ausführung dulden wollen. Auch auf unterbliebene Anfechtung oder erfolgte Eintragung können sie sich nicht berufen, um sich von der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu befreien (Denkschr. 153, §. 241 Anm. IIb). Während Liquidation sind die Liquidatoren anfechtungsberechtigt (§. 298 Abs. 2). — Ist durch den angefochtenen Beschluß der bisherige Vorstand (oder Liquidator) abgesetzt, so kann die Befugnis des bisherigen Vorstandes (oder Liquidators) zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht vorweg mit Erfolg beanstandet werden, da die rechtliche Beurteilung in Bezug auf die Zulässigkeit der Klage davon ausgehen muß, daß die Anfechtung sachlich begründet sei (R.G. XXXIV, 113); wird jedoch der Beschluß für sachlich nicht anfechtbar erachtet, so ist damit zugleich dargethan, daß der Kläger nicht anfechtungsberechtigt ist (vgl. den umgekehrten Fall in §. 272 Anm. Ib). — Das Anfechtungsrecht des Vorstandes als Behörde wird dadurch nicht berührt, daß seine Mitglieder als Aktionäre in der Generalversammlung zugestimmt haben (O.A.G. Jena v. 26. Oktober 1891 in Holdheim Ztschr. 1893 S. 219 und in Z.f.H. Bd. 43 S. 324; vgl. jedoch oben Anm. Va 2ζ).

d. **Anfechtung durch einzelne Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats.** Deren Anfechtungsrecht ist neu aufgenommen (Denkschr. 152). Auch dieses Anfechtungsrecht ist nicht an die Voraussetzungen des §. 271 Abs. 3 geknüpft; es kann daher ausgeübt werden, trotzdem das betreffende Mitglied nicht in der Generalversammlung anwesend war oder nicht Widerspruch zu Protokoll erklärt hat (Denkschr. 152). Die Berechtigung zur Anfechtung oder zur Fortführung des anhängigen Verfahrens erlischt durch Ausscheiden des Klägers aus seiner Stellung als Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats (dagegen Hagen bei Gruchot Bd. 42 S. 366). Dies muß notwendig

angenommen werden, wenn man (mit der Denkschrift) bei Anfechtung durch Aktionäre auch die Fortdauer der Eigenschaft als Aktionär verlangt (oben Anm. V a 4); denn der Wortlaut des Gesetzes ist für beide Fälle der gleiche. Allerdings ergiebt sich dann, daß seitens der Gesellschaft das Verfahren jederzeit durch Widerruf der Bestellung des anfechtenden Mitgliedes zum Stillstand gebracht werden kann. Hierin liegt zwar ein Mangel, indessen nichts unbedingt Auszuschließendes, da — wie aus den Voraussetzungen des Anfechtungsrechts der einzelnen Behördenmitglieder ersichtlich — dieses Anfechtungsrecht ihnen mehr wegen ihrer selbst als wegen der Gesellschaft gegeben ist, sie selbst aber ihr Interesse genügend wahren, wenn sie nur bis zum Schlusse ihrer Amtsdauer das Verfahren fortführen.

§. 272.

Verfahren bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses.

Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrath vertreten.

Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im §. 271 Abs. 2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Erhebung der Klage und der Termin zur mündlichen Verhandlung sind unverzüglich von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

A.D.H. Art. 222 (190 a Abs. 2—4). **Entw. I** §. 248. **Entw. II** §. 264.

§. 272.

I. Beklagte und ihre Vertreter.

a. **Beklagte** ist die Gesellschaft. Falls die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Übergang ihres Vermögens auf eine andere „Gesellschaft oder juristische Person“ ohne vorgängige Liquidation erloschen ist, so ist eine Anfechtung des den Übergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten (§. 308).

b. **Vertreter** der Beklagten im Rechtsstreit ist jedenfalls der Aufsichtsrat. Ist bei der betreffenden A.G. nur ein „Verwaltungsrat“ vorhanden (vgl. §. 243 Anm. I a), so genügt es, die Klage gegen den letzteren zu richten, gleichgültig, ob er ein Aufsichtsrat im Sinne des Gesetzes ist, oder nicht (R.G. XXVIII, 48). Neben dem Aufsichtsrat ist außerdem Vertreter der Vorstand, falls nicht dieser selbst klagt. Der letztere Fall liegt nur vor, wenn entweder der Vorstand als Behörde klagt, oder wenn so viele Mitglieder des Vorstandes klagen, daß die übrig bleibenden nicht mehr die Vertretungsmacht als Vorstand haben. Sowohl Aufsichtsrat wie Vorstand sind nur als Behörden die Vertreter der Gesellschaft; nicht etwa sind alle einzelnen Mitglieder die Vertreter (Alexander in Z.f.H. Bd. 40 S. 95). Einem beschlußunfähigen Aufsichtsrat kann nicht wirksam zugestellt werden (R.G. v. 4. Novbr. 1890 J.W. 1891 S. 14; vgl. §. 247 Anm. I a). Vertreten im Einzelfall sowohl Vorstand wie auch

Aufsichtsrat, so muß an jede von beiden Behörden gesondert die Klage zugestellt werden (R.G. XIV, 143). Beide Zustellungen müssen daher noch innerhalb der Frist des §. 271 Abs. 2 erfolgen (R.G. v. 5./8. Novbr. 1895 J.W. 602 und bei Bolze Bd. 21 Nr. 564, O.L.G. Rostock v. 2. Novbr. 1880 Z.f.H. Bd. 43 S. 325). Für die Zustellung an jede der beiden Behörden genügt aber die Zustellung an je ein Mitglied derselben (C.P.O. §. 171 Abs. 3; vgl. H.G.B. §. 232 Abs. 1 Satz 3, §. 247 Anm. Ib; ebenso K.G. Berlin v. 2. Febr. 1897 Holdheim Ztschr. 165, Pinner Anm. I 8, Staub Art. 190a §. 12 S. 519; anders Alexander Z.f.H. Bd. 40 S. 105). Da Beklagte die Gesellschaft, und für die Zwecke des Anfechtungsrechtsstreits auch der Aufsichsrat gesetzlicher Vertreter ist (§. 247 Anm. IV), so ist die Zustellung auch an letzteren durch Ersatzzustellung im Geschäftsraum der Gesellschaft (C.P.O. §. 184) zulässig (dagegen Pinner Anm. I 9). Rudorff verlangt zu Unrecht Zustellung auch an den Vorstand selbst wenn sämtliche Mitglieder des Vorstandes klagen. — Das Reichsgericht (Urt. v. 24. Oktob. 1896 J.W. 662, Urt. v. 4. Januar 1898 J.W. 120) nimmt an, daß wenn durch den anfechtbaren Beschluß ein Wechsel im Vorstand oder Aufsichtsrat herbeigeführt sei, die Klage gegen den Vorstand und Aufsichtsrat in der neuen Zusammensetzung zu richten sei, da auch ein anfechtbarer Beschluß über die Mitgliedschaft in Gesellschaftsbehörden so lange gelte, bis er durch Urteil aufgehoben sei (vgl. den umgekehrten Fall in §. 271 Anm. Vc). Dies ist jedoch wohl nur für den Fall zuzugestehen, daß nicht inhaltlich der Beschluß zwingendes Recht verletzt (vgl. §. 273 Anm. IIb 3). Wird der Vorstand oder Aufsichtsrat durch Ausscheiden von Mitgliedern oder aus anderem Grunde vertretungsunfähig, so ist eine Ergänzung nötigenfalls gemäß B.G. §. 29 (vgl. H.G.B. §. 231 Anm. IIa), C.P.O. §. 57 herbeizuführen (vgl. K.B. 94); die Ansicht (R.G. XXXIII, 92), daß bei einem nach Rechtshängigkeit eintretenden Ablauf der Amtsdauer der bisherigen und Nichtbestellung neuer Vertreter die früheren fortdauernd für den Anfechtungsrechtsstreit vertretungsberechtigt seien, ist nicht zu billigen. — Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats können dem Kläger nur entgegengesetzt werden, wenn er sie kannte oder kennen mußte (R.G. v. 4. Novbr. 1890 J.W. 1891 S. 14; vgl. §. 244); bei Änderungen in der Zusammensetzung des Vorstandes kommen die Regeln des §. 15 zur Anwendung (§. 234 Anm. Id). Ob die Bestellung je eines besonderen Prozeßbevollmächtigten für Vorstand und für Aufsichtsrat notwendig zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung ist (C.P.O. §. 91), ist nach Lage des Einzelfalls verschieden zu beurteilen; sie kann notwendig sein, wenn die beiden Behörden in verschiedener Weise interessiert sind (vgl. R.G. XIV, 143; dagegen Pinner Anm. I 10, Staub Art. 190a §. 12 S. 519, Ring Art. 190a Anm. 6 S. 462, welche stets nur die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten für erstattungsfähig halten). Die gemeinsame Vertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat ist nicht etwa als Gesamtvertretung durch beide Behörden, sondern im Sinne der einer jeden einzelnen Behörde zustehenden Einzelvertretungsmacht zu verstehen (ebenso Alexander Z.f.H. Bd. 40 S. 108; dagegen Pinner Anm. I 1, Ring Art. 190a Anm. 6 S. 461), denn Zweck der doppelten Vertretung ist ja gerade, daß beide Behörden in der Lage sein sollen, unabhängig von einander zum Wort zu kommen. Treten für die Gesellschaft in einem Rechtsstreit mehrere Vertreter auf, und geben sie widersprechende Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren wie wenn notwendige Streitgenossenschaft vorläge (§. 124 Anm. II c).

II. **Zuständiges Gericht** ist ausschließlich das Landgericht des Sitzes (§. 182 Anm. IVb 2) der Gesellschaft. Die Handelskammer ist wohl trotz des beschränkten Wortlauts des §. 101 Ziff. 3a G.V.G. selbst dann zuständig, wenn der Aufsichtsrat oder Mitglieder des Aufsichtsrats klagen. Die Revision findet ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statt (C.P.O. §. 547 Ziff. 2).

III. **Verbindung mehrerer Anfechtungsprozesse ist zwingend vorgeschrieben.** Der §. 300 Abs. 2 C.P.O., wonach ein Endurteil erlassen werden soll, wenn von mehreren zum Zweck gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtsstreiten nur der eine zur Endentscheidung reif ist, kann wohl auf den Fall des §. 272 H.G.B. nicht Anwendung finden (vgl. jedoch M. 158), denn er setzt stillschweigend den gewöhnlichen Fall (C.P.O. §. 147) voraus, daß die Verbindung in das freie Ermessen des Gerichts gestellt ist. Um die Möglichkeit einer Verbindung in allen Fällen zu sichern, ist vorgeschrieben, daß die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf der Frist, in welcher überhaupt Anfechtungsklagen erhoben werden können (§. 271 Abs. 2), zu erfolgen hat. Die mehreren Kläger sind notwendige Streitgenossen (C.P.O. §. 62, M. 159). Der einzelne Aktionär kann jedem von beiden Teilen als Nebenintervenient beitreten (§. 210 Anm. IIc; ebenso Pinner Anm. II 6); auch dem Kläger nicht bloß — wie Esser Anm. 2 annimmt — jeder anfechtungsberechtigte Aktionär (M. 159). Über nachträgliche Geltendmachung neuer Klagegründe vgl. §. 271 Anm. Va 2 γ.

IV. **Sicherheitsleistung.**

a. **Antrag.** Die Anordnung der Sicherheitsleistung kann nur auf Verlangen erfolgen. Der Antrag ist namens der Beklagten zu stellen. Er kann jederzeit während des Verfahrens gestellt werden (ebenso Pinner Anm. II 7; dagegen Esser Anm. 3), auch in der Berufungsinstanz (C.P.O. §. 528 ist nicht anwendbar); die Bestimmung des früheren Art. 190a A.D.H., daß das Verlangen als prozeßhindernde Einrede geltend zu machen sei, ist jetzt gestrichen.

b. **„Kann."** Vgl. §. 140 Anm. II b. Das Verlangen der Sicherheitsleistung ist abzulehnen z. B. wenn die Begründetheit der Anfechtung klar zu Tage liegt (vgl. K.B. 92).

c. **„Von dem klagenden Aktionär."** Aus diesen Worten ergiebt sich, daß die Sicherheitsleistung nicht auch angeordnet werden kann, wenn der Vorstand, oder wenn Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats als solche klagen. Dagegen wird die Anordnung einer Sicherheitsleistung auch dann für zulässig zu erachten sein, wenn eine Minderheit von Aktionären klagt.

d. **Art und Höhe der Sicherheit** bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen (§. 272 Abs. 3 Satz 2). Mithin kann die Sicherheit nicht bloß durch Hinterlegung von Geld oder den in B.G. §. 234 Abs. 1, 3 für geeignet erklärten Arten von Wertpapieren erfolgen (C.P.O. §. 108), vielmehr in jeder der in B.G. §. 232 zugelassenen Weisen, also — insoweit Aktien Wertpapiere in dem Sinne sind, daß an ihnen ein Pfandrecht (B.G. §. 233) bestehen kann (H.G.B. §. 179 Anm. IV b, §. 222 Anm. IV a) — auch durch Hinterlegung derjenigen Aktien, durch deren Besitz der Kläger seine Anfechtungsberechtigung darthut (R.G. XXXVII, 113, K.B. 92; vgl. R.G. XXXIII, 432). Die Höhe der Sicherheit ist nach den „drohenden Nachteilen" zu bemessen. Der §. 112 Abs. 3 C.P.O. ist insoweit entsprechend anzuwenden, daß die Beklagte für berechtigt zu erachten ist, die Leistung einer weiteren Sicherheit zu verlangen, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits ergiebt, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht. Der §. 109 C.P.O. (betr. Wegfall der Veranlassung für eine Sicherheitsleistung) ist — wegen Gleichheit des Grundes — für entsprechend anwendbar zu erachten (dagegen Pinner Anm. II 7). — Die Sicherheit braucht nicht bestellt zu werden, wenn zweifellos ist, daß kein Anspruch besteht. Durch den abgekürzten Ausdruck „wegen der drohenden Nachteile" in §. 272 Abs. 3 sollten nicht die sachlichen Vorschriften über den Umfang der Haftung erweitert werden (Pinner Anm. I 7; dagegen Staub Art. 190a §. 11a S. 519, wohl auch Esser Anm. 3). Indessen ist zu beachten, daß ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß anderen Gesetzesvorschriften nicht notwendig auf den Fall böslicher Handlungsweise, den §. 273 Abs. 2 hervorhebt, beschränkt ist (§. 273 Anm. IV).

e. **Frist zur Sicherheitsleistung und Folgen der Versäumung.** Zur Anwendung kommt namentlich C.P.O. §. 113:

„Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht gestellt ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen."

Die Entscheidung über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und deren Höhe ist wohl, wie bisher (R.G. XXIV, 431, XXXIII, 432), so auch künftig, trotzdem das Verlangen auf Sicherheitsleistung jetzt nicht mehr als prozeßhindernde Einrede vorzubringen ist (oben Anm. IVa), durch Zwischenurteil, nicht durch Beschluß zu treffen (C.P.O. §. 303). Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung über den Antrag, die Klage für zurückgenommen zu erklären, kann die versäumte Sicherheitsleistung nachgeholt werden (R.G. XXIV, 431). Erscheint Kläger in dem zur Verhandlung nur über diesen Anspruch anberaumten Termin nicht, so ist Versäumniszwischenurteil zu erlassen (C.P.O. §. 347 Abs. 2); war der Termin gleichzeitig zur Verhandlung über die Hauptsache anberaumt, so hat Beklagte die Wahl, ob sie ein Versäumniszwischenurteil „daß die Klage für zurückgenommen erklärt werde" oder ein Versäumnisurteil in der Hauptsache „daß der Kläger mit der Klage abzuweisen" (C.P.O. §. 330) beantragen will (R.G. XXIV, 432).

f. **Nicht** vorgeschrieben ist **Aktienhinterlegung.** Über die Notwendigkeit, die fortdauernde Anteilberechtigung als Grundlage des Anfechtungsrechts nachzuweisen, vgl. §. 271 Anm. Va 4.

V. **Bekanntmachung.**

a. **Bekannt zu machende Thatsachen** sind die Erhebung der Klage und der (erste) Termin zur mündlichen Verhandlung.

b. **Verpflichtet** zur Bekanntmachung ist der Vorstand, gleichgültig, wer die Klage erhebt. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§. 319 Abs. 1).

c. **In den Gesellschaftsblättern** (§. 182 Anm. IVb 7) hat die Bekanntmachung zu erfolgen.

d. **Unverzüglich** = ohne schuldhaftes Zögern (B.G. §. 121).

VI. **Wert des Streitgegenstandes.** Derselbe richtet sich nach dem Interesse des Klägers, also, wenn ein Aktionär klagt, trotz der Bestimmung in §. 273 Abs. 1 Satz 1 nur nach dessen alleinigem Interesse (R.G. XXIV, 428). Dies Interesse wird in der Regel den Kurswert der Anteile des klagenden Aktionärs nicht übersteigen, braucht aber nicht notwendig auf den Nennwert (vgl. R.G. XXIV, 428) oder Kurswert (so Pinner Anm. I 8) beschränkt zu sein. Eine Wertänderung, welche die Folge des angefochtenen Beschlusses sein würde, ist hierbei nicht zu berücksichtigen (R.G. v. 12. Oktober 1892 J.W. 461). In einem Falle, in welchem die Anfechtung gegen einen Beschluß auf Gewährung eines Gewinnanteils an Mitglieder der Gesellschaftsbehörden gerichtet war, wurde angenommen, daß der Wert des Streitgegenstandes nur in der durch jenen Beschluß veranlaßten Verringerung des auf die Anteile des Klägers entfallenden Gewinnanteils liege (K.G. Berlin v. 6. Januar 1897, Holdheim Ztschr. S. 97).

§. 273.

Richtigerklärung. Haftung der Kläger.

Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das

Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.

Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

A.D.H. Art. 222 (190a Abs. 5, 190b). **Entw. I** §. 249. **Entw. II** §. 265.

§. 273.

I. **Folgen der Nichtigerklärung.** Diese Folgen treten erst ein, wenn das auf Nichtigerklärung lautende Urteil rechtskräftig geworden ist (§. 273 Abs. 1, R.G. XXIV, 429; vgl. §. 894 C.P.O.).

a. **Wirkung für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind.** Diese Aktionäre erwerben Rechte nicht bereits durch Anstellung der Anfechtungsklage, sondern erst von neuem mit der Rechtskraft; bis dahin hat der einzelne Kläger unbeschränkte Befugnis, über den Gegenstand des Rechtsstreits zu verfügen (R.G. XXIV, 429); er kann z. B. die Klage zurücknehmen oder einen Vergleich schließen. Durch Beseitigung einzelner Klagen wird die Fortführung der übrigen nicht berührt; erfolgt demnächst Nichtigerklärung, so gilt dies auch gegenüber denjenigen Aktionären, welche ihrerseits zurückgenommen oder sich verglichen hatten (unten Anm. III). — Bezüglich der Wirkung der Nichtigerklärung ist mit der Maßgabe, daß statt „angefochten" und „Anfechtung": „nichtig erklärt" und „Nichtigerklärung" zu setzen (§. 271 Anm. Ia), anwendbar B.G. §. 142:

„Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen."

Was ein Aktionär in gutem Glauben als Gewinnanteil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet (§. 217). Dritte können von einer Nichtigkeit des Beschlusses nur in den Fällen berührt werden, in denen die Generalversammlung Vertretungsmacht hat (§. 250 Anm. Vc); anderenfalls sind sie im Fall einer Ausführungshandlung des Vorstandes durch dessen Vertretungsmacht (§. 235 Anm. III) in der Regel gesichert. Übrigens erlangt das auf Nichtigerklärung lautende Urteil gegenüber Dritten weder zu ihren Gunsten noch zu ihren Ungunsten Rechtskraft; nur auf die Aktionäre ist die Wirkung beschränkt. — Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erlangt das Urteil keine Rechtskraft.

b. **Einreichungspflicht.** Die Einreichung hat, da nichts Gegenteiliges bestimmt ist, nicht nur zu dem Handelsregister des Sitzes, sondern auch zu den Registern der nicht am Sitze der Gesellschaft befindlichen Niederlassungen (§. 201 Anm. II) zu erfolgen (§. 13 Abs. 1). Dies entspricht der Pflicht, auch die Protokolle der Generalversammlungen zu den Registern aller Niederlassungen einzureichen (§. 259 Abs. 5). Die Einreichung ist durch Ordnungsstrafen zu erzwingen (§. 14).

c. **Eintragung** des Urteils in das Handelsregister ist nur zu bewirken, falls der für nichtig erklärte Beschluß der Generalversammlung eingetragen war. Einzutragen ist nur der entscheidende Teil des Urteils. Die Eintragung ist von amtswegen zu bewirken, sobald die Einreichung erfolgt; ein besonderer Antrag ist hier nicht notwendig. Das Gericht der Zweigniederlassung hat den nach §. 13 Abs. 2

erforderlichen Nachweis der vorherigen Eintragung bei dem Gericht des Sitzes von amtswegen bei letzterem einzuholen; denn da kein Antrag erforderlich ist, so kann auch nicht die Erbringung dieses Nachweises durch Ordnungsstrafe erzwungen werden.

d. **Bekanntmachung.** Die Bekanntmachung der Eintragung des Urteils hat in gleicher Weise wie die Bekanntmachung des für nichtig erklärten Beschlusses zu erfolgen (§. 273 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2). Mit den Worten „in gleicher Weise wie die des Beschlusses" soll wohl kein von der Regel des §. 10 abweichender Sinn verbunden sein. Denn wenn ein Beschluß überhaupt eingetragen ist, so wird diese Eintragung stets ihrem ganzen Inhalt nach veröffentlicht (§§. 277 Abs. 2, 199 Abs. 1, 201 Abs. 4); eine auszugsweise Veröffentlichung kommt nur vor in Fällen, in denen der Beschluß garnicht eingetragen ist, für letzteren Fall ist aber eine Veröffentlichung des Urteils überhaupt nicht, auch nicht auszugsweise vorgeschrieben. Zu prüfen ist nur, ob das Urteil eingetragen werden muß; ist es aber eingetragen, so ist stets die Eintragung ihrem ganzen Inhalt nach zu veröffentlichen.

II. **Folgen der Nichterhebung einer Anfechtungsklage** binnen der vorgeschriebenen Zeit.

a. **Grundsatz.** Aus der Bestimmung des §. 271 Abs. 2, daß die Klage binnen eines Monats erhoben werden müsse, ist abzuleiten, daß später nicht mehr im Wege der Klage die Nichtigerklärung des Beschlusses mit Wirkung für und gegen alle Aktionäre gefordert werden kann. Man wird aber mit Rücksicht auf den Zweck (M. 156 ff.) der Bestimmungen in §§. 271 ff. — wenn auch ohne sicheren Anhalt im Wortlaut des Gesetzes — noch weiter anzunehmen haben, daß bei Nichterhebung der Anfechtungsklage künftig seitens eines Aktionärs auch nicht in anderer Weise (z. B. nicht durch Klage mit Wirkung nur unter den Parteien und auch nicht einredeweise) mehr geltend gemacht werden kann, es sei überhaupt kein Beschluß zu Stande gekommen, insbesondere weil das zu dem Beschluß führende Verfahren ein gesetz- oder satzungverletzendes gewesen sei; außer (unten Anm. II b 2) wenn der Verstoß ein so erheblicher war, daß der Vorgang nicht mehr unter den Begriff „Beschluß einer Generalversammlung" fällt. Dagegen ist es nicht angängig, noch weiter zu gehen und anzunehmen, daß durch Nichterhebung einer Anfechtungsklage der Beschluß auch inhaltlich eine Wirkung gewinne, welche er von Anfang an selbst dann nicht gehabt hat, wenn er äußerlich ordnungsmäßig zu Stande gekommen war. Eine dahingehende ausdrückliche Vorschrift ist in §§. 271 ff. nicht enthalten; eine unzweideutige Bestimmung müßte aber gefordert werden, da in ihr eine Ausnahme von B.G. §§. 35, 134 läge. Nur bezüglich zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen ist eine Ausnahme zuzugestehen; denn mittels Gegenschluß ist aus §. 271 Abs. 3 Satz 2 abzuleiten, daß ein Sonderrecht auf Unterlassung zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen überhaupt nicht bestehen soll; ein dahingehendes Gesamtrecht einer Minderheit ist aber nur in der Begrenzung auf eine Ausübung in den Formen der §§. 271 ff. anerkannt. — Über Mängel der Protokollierung vgl. §. 259 Anm. III. — Die A.G. ihrerseits kann — gleichgiltig ob Anfechtung erfolgt ist oder nicht — den früheren Beschluß durch neuen Generalversammlungsbeschluß wieder aufheben, es sei denn, daß nunmehr der Aufhebungsbeschluß gegen Gesetz oder Satzung verstößt, insbesondere Rechte verletzt, die durch den früheren Beschluß zu Gläubigerrechten geworden sind (R.G. XXXII, 95).

b. **Fälle, in denen** trotz Nichterhebung einer Anfechtungsklage die **Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit** des Beschlusses (mit Wirkung unter den Parteien) **geltend gemacht werden kann.** In diesen Fällen kann die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses mit allen Mitteln des gewöhnlichen Verfahrens erfolgen, durch Klage, Widerklage oder Einrede. Auch eine Feststellungs-

klage (C.P.O. §. 256) ist in diesen Fällen nicht ausgeschlossen (R.G. XVII, 16, XLI, 98; vgl. XXXVI, 136; vgl. auch §. 271 Anm. I b).

1. **Gegenpartei der Gesellschaft ist nicht ein Aktionär als solcher** (hierunter ein Aktionär als Sonderberechtigter, §. 250 Anm. III, eingeschlossen), vielmehr ein dritter Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft (hierunter ein Aktionär mit Gläubigerrecht, §. 250 Anm. IV, eingeschlossen). Da dritte Personen nicht die Möglichkeit haben, eine Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff. anzustellen, so kann ihnen aus der Nichtanstellung kein Nachteil erwachsen. Ist dies aber bezüglich Dritter richtig, die nicht Aktionäre oder Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat sind, so liegt keine Veranlassung vor, den Dritten welcher etwa zufällig gleichzeitig Aktionär oder Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats ist, wegen dieser letzteren Eigenschaft schlechter zu stellen, insoweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nicht auf der Mitgliedschaft oder der Eigenschaft als Behördenmitglied beruhen (R.G. XVII, 16). Mithin kann z. B., da durch Feststellung des verteilbaren Reingewinns ein Gläubigerrecht des Aktionärs auf Zahlung seines Gewinnanteils entsteht (§. 213 Anm. II c), der Aktionär auf Zahlung klagen, trotzdem er einen späteren Generalversammlungsbeschluß, der unberechtigt die Verteilung jenes früher festgestellten Reingewinns untersagte, nicht gemäß §§. 271 ff. angefochten hat (R.G. XXXVII, 65). Entsprechend wurde einem ausgeschiedenen Genossen, der durch einen nach seinem Ausscheiden gefaßten Beschluß der Generalversammlung benachteiligt wurde, das Recht zugesprochen, im gewöhnlichen Verfahren zu klagen (R.G. XXXVII, 18).

2. **Wegen Erheblichkeit der Verstöße im Verfahren fällt der Vorgang nicht unter den Begriff „Beschluß einer Generalversammlung“.** Diese Ausnahme ist ganz unentbehrlich. Denn je rücksichtsloser die Vorschriften über das Verfahren mißachtet werden (insbesondere bezüglich Bekanntmachung der Berufung, Ankündigung und Einhaltung der Tagesordnung), um so mehr wächst die Wahrscheinlichkeit, daß — wegen Unkenntnis der Beteiligten vom Verstoß — eine Anfechtung binnen der einmonatlichen Frist unterbleibt. Wollte man daher in dergleichen Fällen die Möglichkeit, die Nichtigkeit des Verfahrens trotz Ablaufs der einmonatlichen Frist geltend zu machen, ausschließen, so würde man eine Belohnung auf möglichst weitgehende Verstöße setzen.

Nicht zweifellos ist allerdings, wie diese sachlich unentbehrliche Ausnahme mit dem Wortlaut des Gesetzes vereint werden kann. Die Schwierigkeit liegt darin, daß nach §. 271 Abs. 3 zur Erhebung der Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff. auch derjenige nicht erschienene Aktionär befugt ist, welcher die Anfechtung darauf gründet, „daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei“. Man könnte geneigt sein, hieraus zu schließen, daß ein Verstoß gegen Berufung oder Ankündigung nur gemäß §§. 271 ff. geltend gemacht werden könne, und man könnte daraus, daß das Wort „Versammlung“ (nicht „Generalversammlung“) gebraucht ist, ableiten wollen, dies sei selbst dann der Fall, wenn der Gegner der Gesellschaft sich auf den Standpunkt stelle, daß die stattgehabte Versammlung gar keine „Generalversammlung“ gewesen sei. Der Gebrauch des Wortes „Versammlung“ ist indessen nur ein zufälliger; während in Art. 190 a A.D.H. das Wort „Generalversammlung“ gebraucht war, erscheint im Entwurf I zum ersten Mal statt dessen die jetzige Fassung, offenbar nur zur Vermeidung der häufigen Wiederholung mit Rücksicht auf die erfolgte Einschiebung der Worte „sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist“; in der Denkschrift I heißt es an der entsprechenden Stelle (S. 149) „Verletzung der Vorschriften über die Berufung der Generalversammlung“; endlich ist im

H.G.B. auch an anderen Stellen (§§. 196 Abs. 2, 254 Abs. 3, 255 Abs. 3) „Versammlung" gleichbedeutend mit „Generalversammlung" gebraucht. Hieraus folgt, daß die angeführten Worte des §. 271 Abs. 3 nur auf den Fall zielen, daß trotz der Mängel der Berufung die Versammlung, deren Beschluß angefochten wird, eine „Generalversammlung" ist. Hiermit stimmt §. 271 Abs. 1 überein, welcher Bestimmungen nur treffen will für den Fall, daß ein Vorgang angefochten wird, den man immerhin als „Beschluß" einer „Generalversammlung" gelten lassen muß. Demgemäß ergiebt sich, daß wenn überhaupt kein „Beschluß einer Generalversammlung" vorliegt, keine Anfechtung gemäß §§. 271 ff., aber die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind, daß dagegen, wenn der Vorgang als „Beschluß einer Generalversammlung" anzusehen ist, jedoch geringere Verstöße im Verfahren vorgekommen sind, eine Anfechtung nur gemäß §§. 271 ff. möglich ist, daher bei Nichtanfechtung innerhalb der einmonatlichen Frist diese geringeren Verstöße geheilt sind. Wo allerdings die Grenze zwischen beiden Fällen zu ziehen, ist bei dem Schweigen des Gesetzes sehr zweifelhaft. Hierüber vgl. §. 271 Anm. V a 3 β.

3. **Der Inhalt des Beschlusses verstößt gegen zwingendes Recht.** Daß in diesem Falle der Beschluß nichtig ist (B.G. §. 134), und daß dies zwar auch gemäß §§. 271 ff., aber außerdem sowohl von Aktionären wie auch von Dritten jederzeit mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden kann, ist jetzt allgemein anerkannt (R.G. XXI, 159, XLII, 82, Denkschr. 153). Derartig zwingend sind in der Regel diejenigen Vorschriften, welche zur Sicherung der Gläubiger dienen sollen. Aber auch diejenigen, welche zur Verhinderung leichtfertigen Aktienerwerbs bestimmt sind (wie z. B. die Festsetzung eines Mindestnennbetrages). Es giebt aber auch zwingende (= unverzichtbare) Sonderrechte der Aktionäre (so namentlich das mit jedem Anteilrecht untrennbar verknüpfte Recht zum Mitstimmen, §. 252 Anm. I) und andere zwingende Vorschriften, durch welche doch die Aktionäre vor Übervorteilung geschützt werden sollen (z. B. über beschränkte Amtsdauer des Aufsichtsrats, §. 243 Anm. II d, über Vergütungen der Behördenmitglieder, §§. 237, 245, über die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Protokollierung §. 259). Endlich giebt es auch zwingende (= unverzichtbare) Gesamtrechte (Minderheits- und Sondergattungsrechte, §. 250 Anm. I a) der Aktionäre. Hiernach ist die bei Erörterung der Folgen der Nichtanfechtung übliche Gegenüberstellung von „öffentlichem Recht" und „Sonderrecht" wohl nicht vollständig durchführbar. — Ein gegen zwingendes Recht verstoßender Beschluß gewinnt auch nicht durch Eintragung in das Handelsregister an Kraft (Denkschr. 153; vgl. unten Anm. V d).

4. **Der Inhalt des Beschlusses verstößt gegen ein verzichtbares Sonderrecht.** Über einen Verstoß gegen Gläubigerrechte vgl. oben zu 1. Über einen Verstoß gegen das zum Beschluß führende Verfahren vgl. oben zu 2; auch in einem Verstoß gegen das Verfahren liegt ein Verstoß gegen ein Sonderrecht, nämlich gegen das Recht zur anteiligen Mitwirkung bei Ausübung von Gesamtrechten (§. 250 Anm. III c 5). Hier handelt es sich nicht um jene beiden Fälle, sondern darum, daß der Inhalt eines in ordnungsmäßigem Verfahren zu Stande gekommenen Beschlusses ein Sonderrecht verletzt. In diesem Fall kann zwar eine Anfechtung gemäß §§. 271 ff. erfolgen; außerdem aber kann der einzelne Verletzte mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend machen, daß jener Beschluß seinem Recht nicht entgegenstehe (B.G. §. 35, R.G. XVII, 17, XXXVI, 136, XXXVII, 65, XXXVIII, 99, XLI, 98). Man kann nicht etwa dies darum bestreiten, weil in der Nichtanfechtung eine Genehmigung des Beschlusses liege; denn der Inhalt des Beschlusses braucht nicht dem Verletzten innerhalb der einmonatlichen An-

fechtungsfrist bekannt geworden zu sein, und die Gesellschaft, welche ihrerseits das Recht verletzt, kann nicht dem anderen die Pflicht aufbürden, sich in jedem Fall sofort zu erkundigen, ob eine solche Verletzung vorgekommen sei. Die Wirkung des Verstoßes ist im Falle zu 3 nicht die gleiche wie im Falle zu 4. In ersterem Falle ist der Beschluß nichtig, und jeder Dritte kann dies geltend machen; in letzterem Falle ist der Beschluß nicht völlig nichtig (R.G. XV, 98), sondern nur in der Schwebe, nur der Verletzte kann das Vorhandensein des Mangels geltend machen, und durch dessen ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung wird der Mangel geheilt (R.G. XV, 98). — Dem Fall eines Verstoßes gegen ein verzichtbares Sonderrecht steht gleich der Fall eines Verstoßes gegen ein verzichtbares Gesamtrecht (Minderheits- oder Sondergattungsrecht, §. 250 Anm. Ia).

5. **Ein Verstoß gegen die Vorschriften über Protokollierung des Beschlusses ist erfolgt.** Vgl. §. 259 Anm. III.
6. **Die Eintragung eines nur durch Eintragung wirksam werdenden Beschlusses** (§§. 277 Abs. 3, 304 Abs. 4, 306 Abs. 1) **ist noch nicht erfolgt.** In diesem Fall kann bis zur Eintragung die aus der Nichteintragung des Beschlusses sich ergebende Unverbindlichkeit desselben mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden. Über die Frage, ob nach demnächstiger Eintragung die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit in den vorstehend zu 1—4 genannten Fällen geltend gemacht werden kann, vgl. unter Anm. Vd.

III. **Erledigung einer angestellten Anfechtungsklage in anderer Weise als durch Nichtigerklärung des Beschlusses.** Wird eine angestellte Anfechtungsklage (§§. 271 ff.) demnächst zurückgenommen oder (z. B. mangels Sicherstellung) für zurückgenommen erklärt oder rechtskräftig abgewiesen, so wirkt dies bezüglich der Giltigkeit des angefochtenen Beschlusses ebenso wie wenn die Anfechtungsklage überhaupt niemals angestellt worden wäre. Hiernach bleibt die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln in den oben zu IIb angeführten Fällen trotzdem zulässig. Der im früheren Verfahren „erhobene Anspruch" (C.P.O. §. 322) war nur der Anspruch auf Nichtigerklärung mit Wirkung für und gegen alle Aktionäre. Ist dieser rechtskräftig abgewiesen, so bleibt die Frage offen, ob ein Anspruch auf Nichtigerklärung oder Unverbindlichkeitserklärung mit Wirkung unter den Parteien erhoben werden kann, da für diesen zum Teil andere Voraussetzungen bestehen. Dasselbe muß an sich auch im Fall der Beendigung einer gemäß §§. 271 ff. angestellten Anfechtungsklage durch Vergleich gelten. Im Einzelfall kann jedoch in einem solchen Vergleich zugleich ein Verzicht auf Angreifung des Beschlusses mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln liegen; dieser ist dann giltig insoweit es sich um verzichtbare Rechte handelt (vgl. oben Anm. II b). Sowohl Rechtskraft wie Vergleich unterliegen ferner auch der Änderung durch spätere Nichtigerklärung auf Grund der gemäß §§. 271 ff. angestellten Klage eines anderen Anfechtungsberechtigten (oben Anm. Ia); daß nach Rechtskraft (der Abweisung) eine spätere Nichtigerklärung erfolgt, wird allerdings infolge der Notwendigkeit der Klagenverbindung fast nie vorkommen können. — Daß die Abweisung einer gemäß §§. 271 ff. erhobenen Anfechtungsklage jedenfalls nur Recht unter den Parteien schafft, ist anerkannt (R.G. XXIV, 429).

IV. **Haftung der Kläger.** Vgl. §. 267 Anm. IV, §. 269 Anm. VI. Voraussetzung ist die Unbegründetheit der Anfechtung (nicht notwendig eine bereits erfolgte rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage) und die Böslichkeit (§. 202 Anm. IIb) der Handlungsweise. Diejenigen Kläger (Aktionäre oder Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats), welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, haften als Gesamtschuldner (B.G. §§. 421 ff.) auf Schadensersatz (B.G. §§. 249 ff.). Die Haftung besteht nur für einen der Gesellschaft entstehenden Schaden, nicht auch z. B. für einen Kursfall, soweit dieser nur die Aktionäre schädigt (Rudorff). Unter „Anfechtung" ist nicht nur die

Erhebung der Klage, sondern das ganze Verfahren verstanden (§. 271 Anm. Ia), denn unter Umständen entsteht zwar nicht durch Erhebung der Klage, sondern erst durch Fortsetzung des Verfahrens ein Schaden, und auch dieser Fall sollte getroffen werden. Nach Staub Art. 190b §. 1 S. 523 liegt unbegründete Anfechtung nur vor, wenn die Abweisung als eine „materiell ungerechtfertigte" dargethan wird (ähnlich Pinner Anm. IV; dagegen Behrend §. 123 Anm. 22). Es ist nicht erkennbar, ob hier alle in §. 271 genannten Voraussetzungen als „materielle" gemeint sind. Nur wenn dies der Fall, ist dem Ausspruch zuzustimmen. Bei obiger Auslegung des Wortes „Anfechtung" folgt schon aus dieser Auslegung die richtige Unterscheidung. Es kommt hiernach nur darauf an, während welchen Zeitraums die Anfechtung eine unbegründete war; sie kann ursprünglich begründet gewesen sein, auch wenn z. B. später infolge Versäumnis ein Abweisungsurteil erging oder mangels Sicherstellung die Klage für zurückgenommen erklärt wurde; eine Haftung besteht dann nur für einen Schaden, welcher dadurch entstanden ist, daß etwa das Anfechtungsverfahren böslich fortgeführt wurde, nachdem es unbegründet geworden war. — Neben der hier bestimmten Haftung für den Fall, daß die Gesellschaft die Böslichkeit beweist, besteht im Einzelfall möglicherweise auch eine Haftung auf Grund allgemeiner Gesetzesvorschriften. In Betracht kommen namentlich die Bestimmungen in Wettbewerbsgesetz §§. 6, 7 und B.G. §. 824. Insbesondere die Berufung auf B.G. §. 824 kann unter Umständen für die Gesellschaft nützlicher sein als die Berufung auf H.G.B. §. 273 Abs. 2, da B.G. §. 824 für den dort behandelten Sonderfall die Beweislast abweichend verteilt.

V. **Einfluß der Anfechtung oder Nichtanfechtung auf das Verfahren vor dem Registergericht.** Vgl. §. 195 Anm. Ig.

a. **Grundsatz.** Das Registergericht ist selbständiger Wächter der Gesetzlichkeit (Staub Art. 190a §. 18 S. 522). Es hat hiernach — soweit eine Eintragung, keine bloße Einreichung in Frage steht, §. 195 Anm. Ig, Pinner Anm. V 1 — einen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung zu beachten, selbst soweit die Beteiligten ihn in keiner der in Betracht kommenden Arten des Verfahrens gerügt haben. Dies ist jedoch dahin einzuschränken, daß das Registergericht nicht seinerseits Verstöße mehr geltend machen kann, welche von keinem Beteiligten mehr in irgend einem Verfahren geltend gemacht werden können. Anderenfalls würde das Register in Widerspruch zu den bestehenden Rechtsverhältnissen treten. Eine weitere Einschränkung der Selbstständigkeit des Registergerichts ergiebt sich aus seiner Bindung an Entscheidungen des Prozeßgerichts in manchen Fällen (§. 16 Abs. 2, §. 273 Abs. 1). Hieraus, zusammengehalten mit den obigen Ausführungen (Anm. I—III), ergeben sich nachstehende Folgerungen:

b) **Die einzelnen Fälle.**

1. Vor Ablauf der Anfechtungsfrist. Das Registergericht hat selbständig zu prüfen, ob der Beschluß gegen Gesetz oder Satzung verstößt. Erachtet es einen Verstoß für vorliegend, so hat es die Eintragung abzulehnen, auch wenn jener Verstoß nur ein nicht erheblicher gegen das Verfahren war oder eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage anordnete (§. 273 Anm. IIa). Ob ein Widerspruch zu Protokoll erklärt worden, ist unerheblich (anders Esser §. 271 Anm. 5); ebenso, ob eine Anfechtungsklage bereits angestellt ist. Steht jedoch fest — auch nur durch Anzeige an das Registergericht —, daß die Giltigkeit des Beschlusses „streitig" (zwischen den Parteien) ist, so kann das Registergericht gemäß §. 127 G.fr.Ger. die Verfügung aussetzen, bis hierüber im Wege des Rechtsstreits (nicht notwendig der Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff.) entschieden ist; es kann, wenn der Rechtsstreit nicht anhängig ist, einem der Beteiligten eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen. Daneben ist derjenige, welcher die Verletzung von Gesetz oder Satzung durch den Beschluß behauptet, in der Lage, gemäß §. 16 Abs. 2

die Eintragung durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern (Denkschr. 152).

2. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist, wenn Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff. angestellt ist, gilt alles zu 1 Gesagte mit der einzigen Ausnahme, daß das Registergericht einen nicht erheblichen und nur das Verfahren betreffenden oder einen in zu hohen Abschreibungen oder Rücklagen bestehenden (oben Anm. II a) Verstoß gegen Gesetz oder Satzung nur in den Fällen berücksichtigen darf, daß entweder die angestellte Anfechtungsklage auch hierauf gegründet ist, oder (was — abgesehen von bloßen Einreichungen; oben Anm. Va — kaum vorkommen wird) jener Verstoß die Rechte eines Dritten oder das Gläubigerrecht (§. 250 Anm. IV) eines Aktionärs verletzt. In allen anderen außer den beiden letzten Fällen kann ein nicht erheblicher Verstoß gegen das Verfahren oder eine zu hohe Abschreibung oder Rücklage von den Beteiligten weder mit der Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff. noch mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln mehr geltend gemacht werden (oben Anm. II a); infolgedessen (oben Anm. Va) kann auch das Registergericht sich nicht darauf berufen (Johow XII, 38).

3. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist, wenn Anfechtungsklage gemäß §§. 271 ff. nicht angestellt ist, gilt alles zu 1 Gesagte mit der einzigen Ausnahme, daß das Registergericht einen nicht erheblichen und nur das Verfahren betreffenden (§. 271 Anm. Va 3) oder einen in zu hohen Abschreibungen oder Rücklagen bestehenden (oben Anm. II a) Verstoß gegen Gesetz oder Satzung nur berücksichtigen darf, wenn (was — abgesehen von bloßen Einreichungen, oben Anm Va — kaum vorkommen wird) jener Verstoß die Rechte eines Dritten oder das Gläubigerrecht (§. 250 Anm. IV) eines Aktionärs verletzt. Mithin kann das Registergericht die Eintragung z. B. wegen Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts ablehnen (vgl. Johow II, 28; dagegen Pinner Anm. V 3), denn dies Sonderrecht kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln auch künftig geltend gemacht werden (oben Anm. II b 4). Anders nur, wenn ein ausdrücklicher Verzicht der Verletzten dem Registergericht nachgewiesen wird. Nach Denkschr. 152 sollte die vorstehend bejahend entschiedene Frage über die Zulässigkeit der Ablehnung wegen Verstoß gegen nicht zwingendes Recht, welche „in der Praxis meistens verneint" werde, der Rechtsprechung zur Entscheidung überlassen bleiben.

4. Ist eine angestellte Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen, so steht dies der Nichtanstellung vollständig gleich (oben Anm. III); mithin gilt für diesen Fall das zu 3 Gesagte. Die Denkschr. 152 bemerkt hierzu: „Dagegen erscheint es nicht angängig, anzuordnen, daß auch die rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage schlechthin für das Registergericht bindend sei, dieses also zur Eintragung des angefochtenen Beschlusses verpflichte. . . . . . Hierdurch würde den Beteiligten, in deren Händen die Prozeßführung liegt, eine zu weit gehende Verfügung über das Handelsregister eingeräumt; es muß vielmehr bei der thatsächlichen Bedeutung bewenden, die ein solches Urteil auch für das Registergericht regelmäßig haben wird."

5. Ist im Verfahren gemäß §§. 271 ff. ein auf Nichtigerklärung lautendes Urteil ergangen, so ist dies — wie mittelbar aus §. 273 Abs. 1 folgt — maßgebend auch für das Registergericht. Hieraus ergiebt sich, daß wenn die Eintragung des Beschlusses zur Zeit des Urteils noch nicht geschehen war, sie nunmehr nicht mehr erfolgen darf (Denkschr. 152).

c. **Beteiligung des Verletzten im Verfahren vor dem Registergericht.** Dieselbe ist für zulässig zu erachten innerhalb der von G.fr.Ger. gezogenen Grenzen. Mithin ist

jedem eine Anregung zum Einschreiten von amtswegen erlaubt, und jeder, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist, hat ein Beschwerderecht (G.fr.Ger. §. 20). Daß die Zulassung eines solchen prozessualen Rechtes den §§. 271 ff. H.G.B. widerstreite (so Staub Art. 190a §. 18 S. 523), ist nicht zuzugeben. Nur besteht die sachliche Beschränkung, daß der Anreger oder Beschwerdeführer nach Ablauf der einmonatlichen Anfechtungsfrist des §. 271 Abs. 2 nicht mehr mit der Behauptung solcher Verstöße gehört wird, welche er dann auch außerhalb eines Verfahrens gemäß §§. 271 ff. nicht mehr geltend machen kann, also (oben Anm. IIa) nicht mehr mit der Behauptung eines nicht erheblichen Verstoßes gegen das Verfahren.

d. **Wirkung der Eintragung in das Handelsregister.** Durch Eintragung in das Handelsregister erlangt ein gegen Gesetz oder Satzung verstoßender Beschluß keine erhöhte Wirksamkeit (vgl. §. 15 Anm. IIIA c 2; anerkannt im Fall eines Verstoßes gegen zwingende Gesetzesvorschriften in Denkschr. 153). So auch in den Fällen, in welchen vor Eintragung keinesfalls eine Wirkung eintritt; dies geht aus der verneinenden Fassung der §§. 277 Abs. 3, 304 Abs. 4 hervor (§. 277 Anm. IV); die Eintragung ist in diesen Fällen die notwendige, aber nicht die einzige Voraussetzung für das Eintreten der beabsichtigten Wirkung.

e. **Löschung einer erfolgten Eintragung von amtswegen.** Hierüber bestimmt §. 144 Abs. 2 G.fr.Ger. (abgedruckt vor H.G.B. §. 105). Nach demselben ist eine Löschung von amtswegen (unter Beobachtung des in §§. 142, 143 G.fr.Ger. geordneten Verfahrens) nur unter der doppelten Voraussetzung zulässig, daß der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt (vgl. oben Anm. IIb 3) und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. — Über die Voraussetzungen, unter denen der A.G. wegen eines gesetzwidrigen Beschlusses die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann, vgl. B.G.B. §. 43, Preuß. Ausf.G. z. H.G.B.

Vierter Titel.

Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

I. Gemeinsame Bestimmungen (§§. 274—277).

§. 274.

Beschluß. Ankündigung der Tagesordnung.

Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Aenderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen werden.

In der nach §. 256 Abs. 1, 2 zu bewirkenden Ankündigung soll die beabsichtigte Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach ihrem wesentlichen Inhalt erkennbar gemacht werden.

A.D.H. Art. 215 Abs. 1. **Entw. I** §. 251 Abs. 1. **Entw. II** §. 266.

§. 274.

I. **Änderungsbeschluß.**

a) Nur die Generalversammlung kann eine Änderung der Satzung beschließen. Eine Übertragung an andere Gesellschaftsbehörden ist in der Regel ausgeschlossen (§. 250 Anm. V b 1; über den Ausnahmefall einer bloßen Fassungsänderung vgl. unten Anm. II). So ist z. B. ausgeschlossen die Ermächtigung des Vorstandes

zur Vornahme einer sachlichen Änderung (Johow XV, 19) oder zur Festsetzung der Ausführungsweise (§. 288 Anm. III) eines Herabsetzungsbeschlusses (R.G. XXVI 134). Die einzige Ausnahme ist in §. 274 Abs. 1 Satz 2 bestimmt. — Hiernach ist auch ein von einer anderen Gesellschaftsbehörde abgegebenes Anerkenntnis, daß die Satzung in bestimmter Weise auszulegen sei, nicht bindend für die Gesellschaft oder andere Beteiligte, und auf Grund eines derartigen im Rechtsstreit der Gesellschaft abgegebenen Anerkenntnisses darf kein Anerkenntnisurteil erlassen werden. — Über die Frage der Zulässigkeit von Satzungsänderungsbeschlüssen, welche durch eine Willenserklärung einer anderen Gesellschaftsbehörde bedingt sind, vgl. §. 278 Anm. III.

b. **„Gesellschaftsvertrag“** umfaßt sowohl die ursprüngliche Satzung wie auch ihre später geänderte Form (§. 182 Anm. I).

c. **Abänderung.** Die Vorschriften der §§. 274—277 umfassen alle Arten einer Abänderung der Satzung (Denkschr. 153), einschließlich einer Satzungsänderung durch Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals (§. 278 Anm. I a), vorbehaltlich der für letztere beide Fälle gegebenen Sondervorschriften. — Auch ein Beschluß auf Fortsetzung einer durch Satzungsbestimmung auf bestimmte Zeit beschränkten Gesellschaft ist nur im Wege der Satzungsänderung möglich (Denkschr. 155; vgl. §. 292 Ziff. 1). Ein Satzungsänderungsbeschluß mit der gesetzlichen Mehrheit ist hierfür auch genügend, es sei denn (§. 275 Anm. I c), daß die Satzung schwerere Erfordernisse festsetzt, z. B. Zustimmung aller Aktionäre verlangt (abweichend R.G. VI, 123, welches Zustimmung aller fordert, wenn „individuelle Wesentlichkeit“ der Zeitbeschränkung vorliegt). — Über bedingte Änderungsbeschlüsse vgl. §. 278 Anm. I a, III. — Ein Satzungsänderungsbeschluß liegt nur vor, wenn der Beschluß sich als zur Satzungsänderung bestimmt kundgiebt. Ein Beschluß, welcher nur stillschweigend eine sachliche Abweichung von der Satzung enthält, ändert nicht die Satzung, verletzt (§. 271 Anm. III) sie vielmehr; so selbst dann, wenn diese stillschweigende Abweichung dieselbe Mehrheit gefunden hat, welche für die ausdrückliche Änderung erforderlich gewesen wäre. Es fehlt in diesem Fall an einer ausdrücklichen Aufhebung (oder Beschränkung) der bisherigen Satzungsbestimmung; diese gilt daher auch künftig, da (abweichend von Gesetzen) die jüngere Satzungsbestimmung der nicht aufgehobenen älteren nachsteht. Wollte man dies nicht zugeben, so würde der Satzungsinhalt nach einigen derartigen Änderungen schwer feststellbar werden; auch könnten die Aktionäre mit Satzungsänderungen leicht überrumpelt werden. Eine Ausnahme von vorstehenden Grundsätzen ist nur bezüglich des Erhöhungs- und des Herabsetzungsbeschlusses zuzugestehen (§. 278 Anm. I a).

d. **Wirkung** des Änderungsbeschlusses ist nicht das sofortige Eintreten der Änderung (§. 277 Abs. 3); vielmehr liegt in dem Beschluß nur die Willensäußerung, daß solche Änderung bewirkt werden soll, und das Gebot an die zuständigen Gesellschaftsbehörden, durch entsprechende Anmeldung des Beschlusses das für solche Änderung Erforderliche vorzunehmen (R.G. XXIV, 59). — Über die Frage, inwieweit ein das Gesetz oder die Satzung verletzender Änderungsbeschluß wirksam wird, vgl. §. 273 Anm. II.

II. **Beschluß, dem Aufsichtsrat die Änderung zu übertragen.**

a. **Beschluß der Generalversammlung.** Dieser Beschluß bedarf, in Ermangelung einer anderen Bestimmung der Satzung, derselben Mehrheit wie ein Änderungsbeschluß (§. 275 Abs. 1). Auch die Errichtungsversammlung kann einen solchen Beschluß fassen (§. 197), soweit sie überhaupt zu Änderungsbeschlüssen befugt ist (§. 196 Anm. III b) und unter Beobachtung der für derartige Beschlüsse der Errichtungsversammlung vorgeschriebenen Erfordernisse. In jedem Einzelfall muß ein diesbezüglicher Beschluß gefaßt werden; eine allgemeine Ermächtigung in der Satzung genügt nicht (Pinner Anm. II).

b. **Änderungen, die nur die Fassung betreffen.** Dieser Fall kann vorliegen sowohl wenn überhaupt nur eine Fassungsänderung der bisherigen Satzung vorgenommen werden soll, wie auch wenn die Generalversammlung einen Beschluß faßt, welcher sachlich die bisherige Satzung ändert, und wenn sie hierbei nur die nähere Fassung dieses ändernden Beschlusses dem Aufsichtsrath überträgt. Im letzteren Falle wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die Ermächtigung zur Änderung mit der Eintragung des ungeänderten Beschlusses erlöschen sollte. Über die Frage, ob als eine Fassungsänderung zu erachten ist die Feststellung eines bestimmten Betrages der Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals innerhalb der von der Generalversammlung festgesetzten Grenzen, vgl. §. 278 Anm. III.

c. **Dem Aufsichtsrat.** Durch diese Worte ist künftig für ausgeschlossen zu erachten die Übertragung einer Fassungsänderung an andere Gesellschaftsbehörden (ebenso Pinner Anm. II), insbesondere an den Vorstand (nach bisherigem Recht dahingestellt Johow XV, 21).

III. **Ankündigung.** Vgl. §. 256.

a. **Erkennbarmachung.** Vgl. §. 256 Anm. II d. Die Erkennbarmachung soll nach dem wesentlichen Inhalt der beabsichtigten Änderung erfolgen, d. h. der Inhalt der beabsichtigten Änderung soll bei der Berufung der Generalversammlung §. 256 Abs. 1) oder bei der innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 256 Anm. IIc) erfolgten Bekanntmachung einer Ergänzung der Tagesordnung (§ 256 Abs. 2) so deutlich und vollständig bezeichnet werden, daß jeder Aktionär daraus mit Bestimmtheit entnehmen kann, um was es sich bei der in Aussicht stehenden Beschlußfassung handelt; es genügt nicht eine einfache Aufzählung der Paragraphen der Satzung, die einer Änderung unterzogen werden sollen, ohne Angabe des Inhalts jener Paragraphen oder des Inhalts der in Aussicht genommenen abändernden Bestimmungen (Denkschrift 154).

b. **„Soll“.** Aus dieser Fassung wird man schließen müssen, daß die Vorschrift des §. 274 Abs. 2 nur Ordnungsvorschrift ist, daß mithin ein Verstoß gegen dieselbe einen daraufhin ergangenen Beschluß nicht anfechtbar oder unverbindlich macht (§. 271 Anm. III.; dagegen Könige, anscheinend auch Pinner Anm. V, bei erheblichen Verstößen dagegen auch Rudorff). Die Denkschr. 154 erwähnt allerdings, es sei bestimmt, daß die Änderung „ihrem wesentlichen Inhalte nach erkennbar zu machen ist“; in dieser Form ist indessen die Bestimmung nicht in das Gesetz übergegangen. Das „soll“ in §. 256 Abs. 1 wird in der hier fraglichen Beziehung durch das „können nicht“ in §. 256 Abs. 2 berichtigt (§. 256 Anm. II a, c), kann also nicht zur Erklärung des „soll“ in §. 274 Abs. 2 herangezogen werden. Auch wenn hiernach die Sondervorschrift des §. 274 Abs. 2 nur als Ordnungsvorschrift anzusehen ist, bleibt doch die für alle Ankündigungen gemeinsame Regel (§. 256 Anm. IId) bestehen, daß die Ankündigung so deutlich gefaßt sein muß, daß sie geeignet ist, dem Aktionär die Entschließung, ob er an der Generalversammlung teilnehmen will, zu ermöglichen. Über die bei einer Verletzung der letzteren Vorschrift eintretenden Folgen vgl. §. 256 Anm. IV.

§. 275. **Erforderliche Mehrheiten.**

In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bedürfen die im §. 274 Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens muß diese Mehrheit erreicht sein; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Soll das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachtheil einer Gattung geändert werden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachtheiligten Aktionäre; auf diese Beschlußfassung findet die Vorschrift des Abs. 1 Anwendung. Die Beschlußfassung der benachtheiligten Aktionäre kann nur stattfinden, wenn sie gemäß §. 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist.

A.D.H. Art. 215 Abs. 2, 3, 6. **Entw. I** §. 251 Abs. 2–4. **Entw. II** §. 267.

§. 275.

I. **Regel bei Satzungsänderungs-Beschlüssen.** §. 275 Abs. 1.

a. **Inhalt des Beschlusses,** auf welchen §. 275 Abs. 1 Anwendung findet, ist die Änderung einer Satzungsbestimmung (§. 274 Abs. 1 Satz 1) oder die Übertragung einer diesbezüglichen Fassungsänderung an den Aufsichtsrat (§. 274 Abs. 1 Satz 2). Besonderheiten gelten in folgenden Fällen: Änderungsbeschluß in der Errichtungsversammlung (§. 196 Abs. 5), Änderung einer Festsetzung der Satzung über die den Mitgliedern des Aufsichtsrats zukommende Vergütung (§. 245 Abs. 2), Änderung des Gegenstandes des Unternehmens (§. 275 Abs. 2; über Auflösung der A.G. und Übertragung des Vermögens im Ganzen vgl. §. 292 Ziff. 2, §§. 303 ff.), Änderung des bisherigen Verhältnisses mehrerer „Aktiengattungen" zum Nachteil einer Gattung (§. 275 Abs. 3), Auferlegung einer Verpflichtung zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen (§. 276; über entsprechende Anwendung auf ähnliche Fälle vgl. §. 276 Anm. V), Erhöhung des Grundkapitals (§. 278), Herabsetzung des Grundkapitals (§. 288). Über die Frage, ob die Abänderung einer Satzungsbestimmung zulässig ist, nach der die Übertragung von Kleinaktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, vgl. §. 179 Anm. IIc 2. Über Heilung wesentlicher Mängel der Satzung durch Satzungsänderung vgl. §. 310.

b. **Erforderliche Mehrheiten.**

1. Erschwerte Mehrheit. Erforderlich ist — mangels einer anderen Satzungsbestimmung (unten Anm. Ic) — eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung (§. 207 Anm. IIc) vertretenen Grundkapitals. Unerheblich ist, welcher Bruchteil des überhaupt vorhandenen Grundkapitals vertreten ist. Unerheblich auch, ob das Grundkapital auf verschiedene „Aktiengattungen" entfällt (Art. 215 Abs. 4 A.D.H., welcher als selbstverständlich gestrichen; Denkschr. 154). Bei der Beschlußfassung nicht vertreten ist auch ein Aktionär, welcher zwar in der Generalversammlung anwesend sein, aber nicht stimmen darf (dagegen Pinner Anm. I 2), ebenso wie derjenige, welcher freiwillig nicht mitstimmt (§. 207 Anm. IIc).

2. Einfache Mehrheit. Außer daß drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals der Änderung zustimmen müssen, bedarf es auch — bei derselben Abstimmung — einer einfachen Stimmenmehrheit (§. 251 Anm. I) für die Änderung, da sonst überhaupt kein Beschluß der Generalversammlung vorliegt. Die erstere Mehrheit von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals kann unter Umständen vorhanden sein, ohne daß eine einfache Stimmenmehrheit vorhanden ist, da bei Berechnung der letzteren die etwaigen beschränkenden Vorschriften der Satzung (§. 252 Abs. 1 Satz 3, 4) maßgebend sind.

c. **„In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages."** Die Satzung kann die besonderen in §. 275 Abs. 1 aufgestellten Erfordernisse (oben Anm. Ib 1) mildern (auch ganz aufheben) oder erschweren. Entweder nur be-

züglich Abänderung bestimmter einzelner, oder bezüglich eines größeren Kreises von Satzungsbestimmungen oder auch bezüglich aller Satzungsbestimmungen (R.G. XXVII, 70). Nicht nur hinsichtlich der erforderlichen Mehrheit, sondern auch in anderer Hinsicht, z. B. durch Erfordern übereinstimmender Beschlüsse zweier Generalversammlungen, oder (§. 252 Anm. IIIb 1) durch das Vorschreiben von Höchstbeschränkungen bei Zählung der von einem einzelnen Aktionär vertretenen Grundkapitalanteile. Unberührt hiervon bleiben jedoch die gesetzlichen Erfordernisse gewöhnlicher Beschlüsse (oben Anm. Ib 2); diese Erfordernisse können auch bezüglich des besonderen Falles eines Satzungsänderungsbeschlusses nicht durch Satzungsbestimmung gemildert, sondern nur erschwert werden (§. 251 Anm. III). — Hier, wie an allen anderen entsprechenden Stellen des Gesetzes, ist unter „Gesellschaftsvertrag" nicht nur der ursprüngliche, sondern auch der geänderte zu verstehen (§. 182 Anm. I). Mithin steht kein Sonderrecht entgegen, wenn nachträglich eine Milderung derjenigen Bestimmungen der Satzung, durch welche Satzungsänderungen erschwert werden, unter Beobachtung solcher Erschwerungen (R.O.H. XX, 45) beschlossen wird (§. 250 Anm. IIIa; dagegen Pinner Anm. I 3b). Wo das Gesetz einer erst später erfolgten Satzungsänderung mindere Kraft zuschreiben wollte, als der ursprünglichen Satzung, ist dies ausdrücklich hervorgehoben (§§. 276, 227 Abs. 1: „ursprünglicher Gesellschaftsvertrag"). Nur für eine diesbezügliche Änderung der Satzung in der Errichtungsversammlung folgt aus §. 196 Abs. 5 Satz 2 die Notwendigkeit der Zustimmung aller erschienenen Aktionäre.

II. **Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens.** §. 275 Abs. 2.

a. **Gegenstand des Unternehmens.** Vgl. §. 182 Anm. IVb 3.

b. **Abänderung.** Im §. 275 Abs. 2 handelt es sich nur um eine Änderung der Satzung bezüglich des darin enthaltenen (§. 182 Abs. 2 Ziff. 2) Gegenstandes des Unternehmens. Ein Beschluß, welcher den Gegenstand des Unternehmens ohne gleichzeitige entsprechende Änderung der Satzung ändert, verstößt, auch wenn er mit erschwerter Mehrheit gefaßt ist, gegen das Sonderrecht der Aktionäre, da er die bestehende Satzung verletzt (vgl. §. 274 Anm. I c). — Unter „Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens" ist daher in §. 275 Abs. 2 zu verstehen die Änderung der in §. 182 Abs. 2 Ziff. 2 als wesentlich vorgeschriebenen, mithin bereits vorhandenen Satzungsbestimmung, gleichgiltig ob eine Änderung des sachlichen Inhalts oder nur eine Änderung der Fassung erfolgt. Eine sachliche Änderung jener Bestimmung kann aber auch in einem neuen Zusatz zur Satzung liegen. Nur in letzterer Beziehung ist die Frage von Erheblichkeit, was als sachliche Änderung des Gegenstandes anzusehen ist. In erster Reihe ist hierfür die Auslegung der vorhandenen Satzungsbestimmung maßgebend. Ist z. B. die Satzung dahin auszulegen, daß sie nur eigenen Betrieb vorsieht, so liegt eine sachliche Änderung in einer dauernden Überlassung des Unternehmens an einen anderen gegen Gewährung fester Bezüge oder Beteiligung am Gewinn (Staub Art. 215 §. 5, Pinner Anm. II; dagegen R.G. III, 128, wohl auch Bolze Bd. 6 Nr. 644; vgl. Esser Anm. 3). Zulässig sind an sich auch Änderungen der letztgedachten Art (O.L.G. Stuttgart v. 30. Dezb. 1887 Z.f.H. Bd. 40 S. 474, Staub a. a. O. Anm. 1, Pinner Anm. II).

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.**

1. Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§. 207 Anm. II c, §. 275 Anm. I b 1) muß erreicht sein.
2. Einfache Stimmenmehrheit muß vorhanden sein (oben Anm. I b 2).
3. Die Satzung kann die Erfordernisse verschärfen, aber nicht mildern („noch andere Erfordernisse").

d. **Staatliche Genehmigung** des Änderungsbeschlusses ist erforderlich, wenn die Entstehung der Aktiengesellschaft durch staatliche Genehmigung der bisherigen Satzungsbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens bedingt war. Daher ist ein Genehmigungsbeschluß des Bundesrats beizubringen, wenn dieser die Genehmigung zur Ausgabe von Kleinaktien mit Rücksicht auf die Gemeinnützigkeit des Unternehmens oder mit Rücksicht auf eine für das Unternehmen erfolgte Gewährleistung erteilt hatte (§. 180 Anm. II a), und die Kleinaktien auch künftig beibehalten werden sollen (vgl. Rudorff zu §. 180 Abs. 1). Die Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde für den in Aussicht genommenen neuen Gegenstand des Unternehmens ist zu erwirken, wenn dieser Gegenstand genehmigungspflichtig ist. Für den Fall der Hypothekenbanken ist dies ausdrücklich anerkannt im Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 (R.G.Bl. 375) §. 1 Abs. 3. Die Genehmigungsurkunden müssen der Anmeldung beigefügt werden (§. 277 Anm. I f 3, §. 195 Anm. I f 12, 13). Über den Fall des Erfordernisses einer staatlichen Genehmigung bei Erhöhung des Grundkapitals vgl. §. 284 Anm. II f 4, 5.

III. **Änderung des Verhältnisses mehrerer Aktiengattungen zum Nachteil einer Gattung.** §. 275 Abs. 3.

a. **Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung.** Vgl. § 185 Anm. I c. Vorausgesetzt ist in §. 275 Abs. 3, daß zur Zeit der Beschlußfassung bereits mehrere „Aktiengattungen" vorhanden sind. — Wird durch Satzungsänderung eine neue bevorrechtigte „Aktiengattung" geschaffen (§. 185 Anm. III), indem neue Anteile zu den bereits vorhandenen hinzutreten, so ist zu unterscheiden, ob bisher nur eine Aktiengattung, oder ob bereits bisher mehrere Aktiengattungen vorhanden waren. Im ersteren Fall ist kein Sonderbeschluß notwendig oder ausführbar, denn in dem gemeinsamen Beschlusse der bisherigen Aktionäre liegt bereits ein solcher der zu benachteiligenden Aktiengattung. Im zweiten Fall ist eine Sonderabstimmung jeder vorhandenen Aktiengattung erforderlich (§. 278 Anm. III b).

Soll eine neue bevorrechtigte Aktiengattung in der Weise geschaffen werden, daß nur ein Teil der bestehenden gleichberechtigten Anteilrechte zu bevorrechtigen erklärt wird, so fällt dies zwar nicht unter den Wortlaut des §. 275 Abs. 3; indessen wird doch wohl §. 275 Abs. 3 hierauf entsprechend anzuwenden sein. Denn dem Fall, daß ein Aktionär, der ein bevorrechtigtes Anteilrecht besitzt, das Vorrecht gemäß Sondergattungsbeschluß verliert, steht sachlich gleich der Fall, daß zunächst alle Anteilrechte gleichberechtigt sind, und nunmehr bezüglich einzelner dieser Anteilrechte eine Benachteiligung (oder, was dem gleichkommt, bezüglich der übrigen eine Bevorzugung) eingeführt werden soll (vgl. §. 250 Anm. III c 4). Auch in letzterem Fall wird man daher nur eine in den Formen des §. 275 Abs. 3 erfolgende Zustimmung der Gesamtheit der Benachteiligten fordern dürfen. Einem dahingehenden Satzungsänderungsbeschluß der ungetrennten Generalversammlung steht hiernach zwar ein gemäß §. 275 Abs. 3 auszuübendes Gesamtrecht (§. 250 Anm. II a) der benachteiligten Aktionäre, nicht aber ein Sonderrecht jedes einzelnen benachteiligten Aktionärs entgegen (vgl. jedoch R.G. XLI, 99, unten Anm. III b). Eine schwer zu überwindende thatsächliche Schwierigkeit ergiebt sich allerdings in denjenigen Fällen, in denen nicht bereits zur Zeit des Beschlusses feststeht, welche einzelnen Aktionäre bei Ausführung des Beschlusses die Benachteiligten sein würden. Über den Sonderfall, daß die Benachteiligung in der Auferlegung neuer Leistungen besteht, vgl. §. 276 Anm. V b. Über Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung oder Benachteiligung vgl. §. 276 Anm. V c. Über Schaffung neuer Anteilrechte unter Gestattung einer Einbringung der bisherigen vgl. §. 276 Anm. V d. — Daß eine Zusammenlegung von Anteilrechten, wenn sie in Zusammenhang mit einem Herab-

setzungsbeschluß erfolgt, bei Erfüllung der Erfordernisse des letzteren giltig beschlossen werden kann, ist in §. 290 vorausgesetzt (§. 290 Anm. IIc 1).

b. **Benachteiligende Änderungen des bisherigen Verhältnisses.** Nur für den Fall des eine Gattung benachteiligenden Beschlusses gilt die Sonderbestimmung des §. 275 Abs. 3. Maßgebend für die Beurteilung, ob eine Benachteiligung vorliegt, ist das bisherige Verhältnis; unerheblich ist mithin, welches das ursprüngliche Verhältnis war. Im Anschluß an die Ausführung in M. 72 will die herrschende Meinung (z. B. Staub Art. 215 §. 10, Ring Art. 215 Anm. 9, Pinner Anm. III 1, Esser Anm. 7) den §. 275 Abs. 3 nur zur Anwendung bringen, wenn der Beschluß unmittelbar auf eine Änderung des Verhältnisses zielt, nicht auch wenn er nur mittelbar einer einzelnen Aktiengattung mehr Vorteile bringt als einer anderen, z. B. durch Festsetzung neuer Grundsätze für Abschreibungen, durch Anordnung freiwilliger Rücklagen. Dieser Ansicht wird nicht beizutreten sein; im Wortlaut des Gesetzes findet sie keinen Anhalt; wollte man ihr folgen, so wäre das in §. 275 Abs. 3 bestimmte Sondergattungsrecht fast wertlos, da sich eine Umgehung desselben durch mittelbare Benachteiligung fast stets als ausführbar erweisen würde. Festzuhalten ist nur, daß §. 275 Abs. 3 ausschließlich auf diejenigen Beschlüsse zu beziehen ist, welche eine Benachteiligung durch Satzungsänderung enthalten. — Das R.G. XLI, 99 erachtet den §. 275 Abs. 3 nicht für anwendbar, wenn nicht nur der Verlust der bisherigen Vorzugsrechte in Frage steht, sondern der bisher bevorrechtigten Gattung auch solche Rechte genommen werden sollen, welche den anderen Gattungen bisher gleichfalls zustanden und diesen Gattungen verbleiben sollen. Wäre dieser Entscheidungsgrund zutreffend, so würde eine Änderung zum Nachteil der bereits benachteiligten Aktiengattung auf dem Gebiete, auf welchem sie bereits benachteiligt ist, nie gemäß §. 275 Abs. 3 ausführbar sein. Dann aber hätte es nicht „zum Nachteil einer Gattung", sondern „zum Nachteil der bevorzugten Gattung" heißen müssen. Jenem Entscheidungsgrund wird daher wohl nicht beizutreten sein. — Ist zweifelhaft, welche Aktiengattung die benachteiligte ist, so wird es vorsichtig sein, Sonderabstimmungen aller beteiligten Gattungen vornehmen zu lassen (Esser Anm. 5). — Über den Fall einer Benachteiligung durch Einführung der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen vgl. §. 276.

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.**

1. Ein gemeinsamer Beschluß der Inhaber aller Aktiengattungen. Dieser Beschluß muß sowohl mit einfacher Stimmenmehrheit, wie auch mangels verschärfender oder mildernder Satzungsbestimmung (§. 275 Anm. I c) mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gefaßt werden (§. 275 Anm. I b).

2. Ein Beschluß der Aktionäre der benachteiligten Aktiengattung. Ein Beschluß kann nur vorliegen, wenn mindestens ein Sondergattungsaktionär stimmt (§. 251 Anm. I a). Der Beschluß muß in gesonderter Abstimmung (aber in der gemeinsamen Generalversammlung, Denkschr. 154) gefaßt werden und muß denselben beiden Bedingungen (oben zu 1) entsprechen. Auch hier kann die Satzung das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals verschärfen oder mildern (oben Anm. I c). Werden mehrere Aktiengattungen benachteiligt, so wird man zu unterscheiden haben, ob sie durch dieselbe Bestimmung und in gleicher Weise, oder ob sie durch verschiedene Bestimmungen, oder durch dieselbe Bestimmung in verschiedener Weise benachteiligt werden. Im ersteren Fall haben die Aktionäre der mehreren Gattungen gemeinsam zu beschließen. In den beiden letzteren Fällen wird man getrennte Beschlußfassung jeder einzelnen Gattung für erforderlich halten müssen.

3. Ausdrückliche Ankündigung. Vgl. §. 256. Die Beschlußfassung zu 2 kann nur stattfinden, wenn sie gemäß §. 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist (§. 275 Abs. 3 Satz 2). Das „kann" hat wohl hier keine weitergehende Bedeutung als in §. 256 Abs. 2; in der Regel wird daher Heilung eines diesbezüglichen Mangels eintreten durch Nichtanfechtung bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist des §. 271 Abs. 2 (§. 256 Anm. IV).

§. 276.

Auferlegung wiederkehrender Leistungen.

Eine Verpflichtung der Aktionäre zu Leistungen der im §. 212 bezeichneten Art kann, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämmtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre begründet werden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** §. 268.

§. 276.

I. **Verhältnis des §. 276 zu §. 275 Abs. 3.** Der §. 276 sowohl wie der §. 275 Abs. 3 regelt selbständig einen eigenen Kreis von Fällen. Ein Teil der von beiden Bestimmungen beherrschten Gebiete fällt aber in beide Kreise. So wenn das bisherige Verhältnis mehrerer „Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung" zum Nachteil einer Gattung in der Weise geändert werden soll, daß den Aktionären der zu benachteiligenden Gattung Leistungen der in §. 212 bezeichneten Art neu auferlegt werden sollen. In diesem Fall kommt nicht §. 275 Abs. 3, sondern §. 276 als weitergehende Sonderbestimmung zur Anwendung.

II. **Leistungen der im §. 212 bezeichneten Art.** Dies sind wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen der Aktionäre (§. 212 Anm. I a—c, e) und Vertragsstrafen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung solcher Leistungen (§. 212 Anm. 1 d, RG. XXXVIII, 15).

III. **Begründung** der Verpflichtung. Hierunter ist die Erschwerung einer etwa bereits vorhandenen Verpflichtung mitbegriffen (vgl. R.G. XXXVIII, 15).

IV. **Erfordernisse der Begründung** neuer derartiger Verpflichtungen. Indem §. 276 bestimmt, daß die Begründung nur mit Zustimmung aller betroffenen Aktionäre erfolgen kann, setzt er voraus, daß die Zustimmung nur etwas zu einem anderen Hinzutretendes sei. Jenes andere ist ein Beschluß der Generalversammlung, und zwar (§. 212: „im Gesellschaftsvertrage") ein Satzungsänderungsbeschluß. Hiernach sind erforderlich:

a. **Ein Satzungsänderungsbeschluß**, also ein Beschluß der Generalversammlung, welcher sowohl mit einfacher Stimmenmehrheit (§. 275 Anm. Ib 2), wie auch — in Ermangelung abweichender Satzungsbestimmung (§. 275 Anm. Ic) — mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§. 275 Anm. Ib 1) gefaßt ist.

b. **Zustimmung** aller einzelnen von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre.

1. Zustimmung. Daß die Zustimmung in der Generalversammlung erklärt werde, verlangt das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht, und auch kein anderer Grund spricht für eine derartige Beschränkung (dagegen Pinner). Nur die Ausübung derjenigen Aktionärrechte, welche Mehrheitsgesamtrechte sind, ist allgemein in die Generalversammlung verwiesen (§. 250 Anm. Ib, IIa). Auch für den §. 270 ist die Zulässigkeit einer Zustimmung außerhalb der Generalversammlung anzunehmen (§. 270 Anm. III), ebenso wie ein Rücktritt von der Beteiligung am Minderheitsverlangen des §. 268 außerhalb der Generalversammlung zulässig ist

(§. 268 Anm. IIIb). Das Recht auf Nichtbelastung mit neuen wiederkehrenden Leistungen (§. 250 Anm. IIIc 9) ist zweifellos ein verzichtbares Sonderrecht. Wollte man verlangen, daß die Zustimmung des §. 276 in der Generalversammlung erteilt werde, so würde man daher in Widerstreit kommen mit der allgemein anerkannten Regel, daß der in der Verletzung eines verzichtbaren Sonderrechts bestehende Mangel eines Beschlusses durch außerhalb der Generalversammlung erklärte Genehmigung des in seinem Sonderrecht Verletzten geheilt wird (§. 273 Anm. IIb 4). Endlich ist auch kein sachlicher Grund erkennbar, welcher für die von Pinner verteidigte Beschränkung spräche; auch wenn eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen durch Unterwerfung unter die ursprüngliche Satzung übernommen wird, geschieht dies in der Regel außerhalb der Generalversammlung.

2. Von der Verpflichtung betroffene Aktionäre sind die bei Fassung des Beschlusses vorhandenen; die Bestimmung des §. 277 Abs. 3 ist in dieser Beziehung nicht heranzuziehen, da sonst unmöglich wäre, dem Registerrichter bei Anmeldung den Nachweis zu erbringen, welche Aktionäre betroffen sind.

c. **Bindung der Übertragung** der mit wiederkehrenden Leistungen belasteten Anteilrechte an die Zustimmung der Gesellschaft. Vgl. §. 212 Anm. IIb. Dies folgt aus der zwingenden Vorschrift des §. 212 Abs. 1 Satz 1.

d. **Aufnahme der Verpflichtung und des Umfanges der Leistungen in den Mitgliedschein.** Vgl. §. 212 Anm. IIc. Dies folgt aus der zwingenden Vorschrift des §. 212 Abs. 1 Satz 2.

V. **Entsprechende Anwendung des §. 276.**

a. **Wie weit reicht die entsprechende Anwendbarkeit des §. 276?** Der Fall des §. 276 ist nicht der einzige, in welchem für eine Satzungsänderung die Zustimmung aller Betroffenen erforderlich und genügend ist. Genügend ist die Zustimmung aller Betroffenen vielmehr in allen Fällen verzichtbarer Rechte. Erforderlich ist sie in allen Fällen von Sonderrechten; gerade aus dieser Eigenschaft wird die Begriffsbestimmung des Sonderrechts mit entnommen (§. 250 Anm. IIIa). Der §. 276 enthält daher, wenn auch in anderer Form, nichts anderes als den Satz: „Das Recht des Aktionärs, mit Leistungen der im §. 212 bezeichneten Art nicht über das ursprünglich übernommene Maß hinaus belastet zu werden, ist ein verzichtbares Sonderrecht." Bringt man die Vorschrift in diese Form, so ergiebt sich von selbst, daß §. 276 nur ein einzelnes Beispiel herausgreift, sachlich aber in allen Fällen verzichtbarer Sonderrechte anwendbar ist. Demgemäß bemerkt Denkschr. 132, nur „um jeden Zweifel auszuschließen" sei „die an sich schon aus der Natur der Sache folgende Einschränkung" in §. 276 noch besonders zum Ausdruck gebracht. Die Frage: „inwieweit ist §. 276 entsprechend anwendbar?" ist daher lediglich gleichbedeutend mit der Frage: „welche Rechte sind verzichtbare Sonderrechte?"

b. **Die Regel des §. 276 allgemein anwendbar auf Belastung über das ursprünglich übernommene Maß hinaus.** Der §. 276 erklärt für ein Sonderrecht (oben Anm. Va) das Recht auf Nichtbelastung mit neuen Leistungen der im §. 212 bezeichneten Art. Daß niemand mehr zu leisten braucht als er übernimmt, ist ein allgemeiner Grundsatz. Sollte bei der A.G. der einzelne Aktionär in dieser Beziehung dem Mehrheitswillen unterworfen sein, so hätte diese Abweichung ausdrücklich im Gesetz bestimmt werden müssen. Da dies nicht geschehen, kommt jener allgemeine Grundsatz zur Anwendung (vgl. §. 211 Anm. IV). Hiernach gilt bezüglich des Rechts auf Nichtbelastung mit anderen Leistungen als denen der im §. 212 bezeichneten Art dasselbe wie bezüglich des Rechts auf Nichtbelastung mit Leistungen der im §. 212 bezeichneten Art (§. 250 Anm. IIIc 9). Der §. 276 ist daher entsprechend anwendbar z. B. wenn im Wege der Satzungsänderung eine Vertragsstrafe bestimmt wird

für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung von Einzahlungen auf die Kapitaleinlage (§. 218 Anm. IVc); ebenso bei Neuauflegung einer einmaligen nicht in Geld bestehenden Leistung (§. 212 Anm. III) und — soweit man nach öffentlichem Recht eine solche Mitgliedschaftsverpflichtung bei A.Gen. überhaupt für zulässig erachtet (§. 212 Anm. III) — bei Neuauflegung einer nicht wahlweisen (vgl. unten Anm. Vc) einmaligen oder wiederkehrenden Zuzahlung in Geld. — Erfolgt die Auferlegung neuer Leistungen nicht gleichmäßig bezüglich aller Anteilrechte, sondern ungleichmäßig, unter Benachteiligung einzelner Anteilrechte, so ist die entsprechende Anwendung des §. 276 und nicht die entsprechende Anwendung des §. 275 Abs. 3 (§. 275 Anm. IIIa) maßgebend (vgl. oben Anm. I).

c. **Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung oder Benachteiligung.** Bestritten ist, ob Zustimmung aller Aktionäre erforderlich ist, wenn den Aktionären die Wahl gestellt wird, entweder eine Zuzahlung zu leisten oder eine Benachteiligung ihrer Anteilrechte (oder Bevorzugung der übrigen Anteilrechte) zu dulden. Für Bejahung neuerdings Staub 7. Aufl. §. 185 Anm. 2, Simon, Bilanzen S. 217 Anm. 197, S. 223 Anm. 210; vgl. auch R.O.H. XIX, 301, Johow VIII, 17. Die meisten Schriftsteller erklären einen gewöhnlichen Satzungsänderungsbeschluß (§. 275 Abs. 1) für genügend. So neuerdings Pinner §. 185 Anm. III, Cosack §. 117 IV 3b, Esser §. 275 Anm. 6; ebenso O.L.G. Dresden v. 6. Dezbr. 1888 Z.f.H. Bd. 37 S. 550, O.L.G. Hamburg v. 8. Juli 1890 Holdheim Ztschr. 1892 S. 27, v. 25. April 1896 Z.f.H. Bd. 47 S. 107. Zweifelnd R.G. XLI, 99; vgl. auch XXI, 25. Diese Frage ist weder durch den Wortlaut des §. 262 Ziff. 3, noch ausdrücklich durch die Worte der Denkschr. 122 (vgl. §. 185 Anm. III) entschieden. Ein Beschluß dieses Inhalts enthält keine Auferlegung einer Pflicht zur Zuzahlung. Vielmehr enthält er nur eine (bedingte) Benachteiligung einzelner Aktionäre. Bei Zugrundelegung der obigen Ausführungen (§. 275 Anm. IIIa, §. 276 Anm. Va) würde daher die Frage dahin zu entscheiden sein, daß zwar kein Beschluß gemäß §. 275 Abs. 1 genügt, andererseits aber auch nicht unter entsprechender Anwendung des §. 276 die Zustimmung aller Benachteiligten zu fordern ist, vielmehr §. 275 Abs. 3 entsprechend zur Anwendung kommt. Hiernach wäre z. B. für zulässig zu erachten, daß die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit beschließt, den einzelnen Aktionären werde anheimgestellt, bis zu bestimmtem Zeitpunkt eine Zuzahlung zu leisten, welche ihnen im Fall des Nichtzustandekommens der Satzungsänderung zurückzuzahlen wäre, und daß nach jenem Zeitpunkt durch Beschluß gemäß §. 275 Abs. 1 und durch Sonderbeschluß derjenigen, welche nicht zugezahlt haben, gemäß §. 275 Abs. 3 die Benachteiligung aller Anteilrechte derjenigen, welche nicht zugezahlt haben, festgesetzt wird. Dieser rechtlich vorhandene Ausweg wird allerdings thatsächlich selten gangbar sein, da ein solcher Sonderbeschluß selten zu Stande kommen wird.

d. **Schaffung neuer Anteilrechte unter Gestattung einer Einbringung der bisherigen.** Neben einer vorhandenen Aktiengattung kann mittels Erhöhung des Grundkapitals eine neue bevorzugte Aktiengattung durch Satzungsänderung mit der Mehrheit des §. 275 Abs. 1 geschaffen werden (§. 185 Anm. III), denn bei der in Frage stehenden Abstimmung werden alle vorhandenen Anteilrechte gleichmäßig benachteiligt. Wird gleichzeitig beschlossen, daß die Einlage auf die neuen Anteilrechte ganz oder teilweise durch Hingabe der bisherigen Anteilrechte geleistet werden dürfe, so ist im Gesetz kein Anhalt dafür, daß man hierfür (obgleich der wirtschaftliche Erfolg ein ähnlicher ist wie bei Wahl zwischen Benachteiligung und Zuzahlung, Simon S. 227) mehr als die Mehrheit des §. 275 Abs. 1 fordern könnte (Johow XVI, 18); doch liegt in der Hingabe eine Nichtbareinlage (§. 279). Sollen die hingegebenen Anteilrechte eingezogen werden, so sind ferner die Vorschriften des §. 227 zu beachten.

§. 277.

Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung.

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften ein Anderes ergiebt, ist die Anmeldung durch den Vorstand zu bewirken.

Bei der Eintragung genügt, soweit nicht die Abänderung die im §. 198 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die in den §§. 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen worden ist.

A.D.H. Art. 214. **Entw. I** §. 252. **Entw. II** §. 269.

§. 277.

I. **Anmeldung.** Vgl. §. 195 Anm. I.

a. **Zuständiges Gericht.** Vgl. §. 195 Anm. Ia. Die Anmeldung hat auch bei den Registern der nicht am Sitz der Gesellschaft befindlichen Niederlassungen (§. 201 Anm. II) zu erfolgen.

b. **Anmelder** ist der Vorstand, d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 234 Anm. Ic, Denkschr. 155). Ausnahmen sind vorgeschrieben für die besonderen Fälle der bei dem Gericht des Sitzes zu bewirkenden Anmeldung des Beschlusses über die Erhöhung des Grundkapitals (§. 280 Abs. 1, §. 286; vgl. §. 284 Abs. 1) und der bei den Gerichten aller Niederlassungen zu bewirkenden Anmeldung des Beschlusses über die Herabsetzung des Grundkapitals (§. 289 Abs. 1; vgl. auch §. 291).

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafe.** Hierüber bestimmt §. 319 Abs. 2. Vgl. §. 175 Anm. III, §. 195 Anm. Ic. Über den Sonderfall des Erhöhungsbeschlusses vgl. §. 280 Anm. II, über den Sonderfall des Herabsetzungsbeschlusses vgl. §. 289 Anm. I. — In einer Verzögerung der Anmeldung wird in der Regel (vgl. jedoch z. B. §. 285) eine Obliegenheitsverletzung liegen, welche die Schadensersatzpflicht der Säumigen begründet (§. 241 Abs. 2).

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. §. 12 Anm. I, §. 195 Anm. Id.

e. **Inhalt** der Anmeldung ist die Änderung der Satzung. Auch der §. 277 enthält Vorschriften für alle Fälle von Satzungsänderungen (§. 274 Anm. Io). Anzumelden ist daher namentlich auch eine vom Aufsichtsrat gemäß Ermächtigung der Generalversammlung (§. 274 Anm. II) beschlossene Fassungsänderung.

f. **Beizufügende Urkunden.** Hierüber enthält das Gesetz selbst keine ausdrückliche Bestimmung; doch wird man die Notwendigkeit aus anderen Vorschriften ableiten können. Der §. 277 Abs. 2 setzt die Möglichkeit der Bezugnahme auf Urkunden voraus.

1. Das Protokoll, aus welchem die gefaßten Beschlüsse hervorgehen, falls dasselbe nicht vorher überreicht ist (§. 259 Abs. 5).
2. Im Fall des §. 276 die Zustimmungserklärungen der einzelnen Aktionäre sowie der Nachweis, daß die Zustimmenden die sämtlichen von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre (§. 276 Anm. IVb 2) sind. Die Überreichung dieser Zustimmungserklärungen — soweit sie nicht bereits zum Generalversammlungsprotokoll abgegeben sind — ist notwendig, weil sonst der Richter die Eintragung

des Satzungsänderungsbeschlusses wegen der darin enthaltenen Verletzung eines Sonderrechts ablehnen müßte (§. 273 Anm. Vb 3).

3. Genehmigungsurkunden sind beizubringen bei Änderung des Gegenstandes des Unternehmens in gewissen Fällen (§. 275 Anm. IId); ferner wenn die Herabsetzung von Grundkapitalanteilen unter den Nennbetrag von 1000 Mk. gemäß §. 180 Abs. 2 oder die weitere Herabsetzung des Nennbetrages der bereits gemäß §. 180 Abs. 2 ausgegebenen Kleinaktien erfolgen soll; wohl auch in anderen Fällen von Änderung derjenigen Satzungsbestimmungen, welche als wesentlich die früher erfolgte Erteilung einer Genehmigung gemäß §. 180 Abs. 2 beeinflussend zu erachten sind. Für die Annahme, daß bei jeder Art von Satzungsänderungen die Genehmigungsurkunde beizubringen sei, wenn für die ursprüngliche Eintragung die Beibringung erforderlich war (so Johow XI, 28), fehlt es an einem gesetzlichen Anhalt. Über den Sonderfall einer Erhöhung des Grundkapitals vgl. §. 284 Anm. IIf 4, 5.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. §. 195 Anm. Ig, §. 273 Anm. V.

II. **Eintragung.** Vgl. §. 198 Anm. I—III.

a. **Falls die Abänderung die im §. 198 bezeichneten Angaben betrifft.** Dies sind Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals, Zeitdauer der Gesellschaft, Befugnis der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft. Der im §. 198 genannte Tag der Feststellung der Satzung und die daselbst genannten Mitglieder des Vorstandes können hier nicht in Betracht kommen, da sie einer Änderung durch Satzungsänderung nicht unterliegen. In dem obigen Falle sind die geänderten Bestimmungen und die Thatsache der Änderung einzutragen. Über die Frage, in welchen Fällen eine Änderung der Vertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren einzutragen ist, wenn diese Änderung nicht durch Satzungsänderung geschieht, vgl. §. 234 Anm. Id 2, §. 296.

b. **Falls die Abänderung andere als die im §. 198 bezeichneten Angaben betrifft.** In solchen Fällen genügt die Eintragung, daß gemäß den bei den Gerichten eingereichten (näher zu bezeichnenden) Urkunden eine Änderung der Satzung stattgefunden habe.

III. **Bekanntmachung.** Über die in §§. 199, 201 vorgeschriebene Veröffentlichung vgl. §. 199 Anm. II, §. 201 Anm. V. Nicht das thatsächlich Veröffentlichte, sondern dasjenige, was nach den gesetzlichen Bestimmungen hätte veröffentlicht werden sollen, ist als maßgebend anzusehen, denn §. 277 Abs. 2 verlangt eine öffentliche Bekanntmachung nur bezüglich derjenigen Bestimmungen, auf welche sich die in den §§. 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen. Enthält die beschlossene Satzungsänderung eine Änderung derjenigen Bestimmungen, welche nach §§. 199, 201 veröffentlicht werden sollen, ohne daß sie eingetragen werden, so sind auch die diesbezüglichen Satzungsänderungen bekannt zu machen. Enthält die Satzungsänderung keine derartige Bestimmung, so hat eine Bekanntmachung überhaupt nicht stattzufinden. Es braucht daher in der Regel nicht bekannt gemacht zu werden, daß eingetragen sei: „Es hat eine Satzungsänderung stattgefunden, bezüglich deren auf das Protokoll der Generalversammlung verwiesen wird“.

IV. **Wirkung der Eintragung.** Vgl. §. 15 Anm. IIIC, §. 274 Anm. Id. Der §. 277 Abs. 3 bestimmt nur verneinend, daß solange der Beschluß nicht eingetragen sei, er jedenfalls keine Wirkung habe. Daraus folgt nicht etwa umgekehrt, daß er stets und gegenüber jedem wirksam sei, wenn er eingetragen ist (§. 273 Anm. Vd). Allein entscheidend ist die Eintragung (selbst ohne Bekanntmachung) bei dem Registergericht des Sitzes (§. 15 Anm. IV). — Nach Denkschr. 158 ist die Zulässigkeit lediglich vorbereitender Maßnahmen oder Beschlüsse nicht durch die vorherige Eintragung der

Satzungsänderung, mit welcher sie im Zusammenhang stehen, bedingt. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob dieser Ausspruch in solcher Allgemeinheit als zutreffend anerkannt werden darf. Jedenfalls tritt keine Rückwirkung ein (vgl. R.G. XXIV, 54).

II. Erhöhung des Grundkapitals (§§. 278—287).

§. 278. **Erhöhungsbeschluß.**

Eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien soll nicht vor der vollen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen. Für Versicherungsgesellschaften kann im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt werden. Durch Rückstände, die auf einen verhältnißmäßig unerheblichen Theil der eingeforderten Einzahlung verblieben sind, wird die Erhöhung des Grundkapitals nicht gehindert.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des §. 275 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Sollen die auf die Kapitalserhöhung entfallenden neuen Aktien für einen höheren als den Nennbetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen.

A.D.H. Art. 215a Abs. 1, 2. **Entw. I** §. 253. **Entw. II** §. 270.

§. 278.

I. **Verhältnis von Satzungsänderung, Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß und erfolgter Erhöhung oder Herabsetzung.**

a. **Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß** ein bedingter Satzungsänderungsbeschluß. Nach dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen (z. B. weil sonst bezüglich der Erhöhung eine Bestimmung über die erforderliche Mehrheit in der ungetrennt abstimmenden Generalversammlung fehlen würde) muß der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß als ein Satzungsänderungsbeschluß angesehen werden (R.G. in Strss. XXX, 355). Dies ist auch in der Denkschrift an mehreren Stellen (S. 153ff.) vorausgesetzt, wenngleich nicht unzweideutig ausdrücklich ausgesprochen. In M. 136 ist bemerkt, ausnahmsweise könne in der Satzung eine zukünftige Erhöhung des Grundkapitals schon derart vorgesehen sein, daß die letztere nicht als Satzungsänderung erscheint; indessen ist nicht zuzugestehen, daß ein solcher Fall möglich ist. — Der Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß ist jedoch nur ein bedingter Satzungsänderungsbeschluß, für sich allein — auch nach seiner Eintragung — bewirkt er daher jedenfalls keine Satzungsänderung, ermächtigt vielmehr nur zur Herbeiführung der letzteren durch Erfüllung der Bedingung. Eine fernere Eigentümlichkeit des Erhöhungs- und des Herabsetzungsbeschlusses besteht darin, daß er wirksam ist auch wenn er nur eine sachliche, nicht gleichzeitig eine entsprechende Fassungsänderung der Satzung enthält (vgl. §. 274 Anm. Ic).

b. **Erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung** die Bedingung der Satzungsänderung. Die erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung ist als die Bedingung anzusehen, unter welcher durch den voraufgehenden Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß die Satzungsänderung angeordnet ist. Mit dem Eintreten dieser Bedingung tritt daher

die Satzungsänderung sofort als unbedingte in Kraft, ohne daß es eines erneuten Beschlusses der Generalversammlung bedarf. Das Eintreten der Bedingung wird jedoch in dieser Weise nur, wenn zu jener Zeit bereits die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des bedingten Beschlusses erfüllt waren. Zu diesen Voraussetzungen gehört namentlich die Eintragung des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses im Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (R.G. in Strfs. XXX 355). Der in einem (an sich in giltiger Weise ergangenen) Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegende bedingte Satzungsänderungsbeschluß wird daher als unbedingter wirksam, sobald erstens der Beschluß im Handelsregister des Sitzes eingetragen, und zweitens die Erhöhung bezw. Herabsetzung erfolgt ist. In welcher Reihenfolge dies geschieht, ist unerheblich (vgl. §. 285). Über die Frage, wann die Erhöhung bezw. Herabsetzung „erfolgt" ist, vgl. unten Anm. II. Das „Erfolgen" der Erhöhung bezw. Herabsetzung ist nach Vorstehendem nur die Thatsache, welche den früheren (bedingten) Satzungsänderungsbeschluß zu einem unbedingten macht; das „Erfolgen" selbst ist kein Satzungsänderungsbeschluß, auf dasselbe finden daher §§. 274—277 nicht Anwendung. Insbesondere ist §. 277 Abs. 3 nicht anwendbar; das „Erfolgen" wirkt daher (wenn nur der vorhergehende Beschluß eingetragen ist) auch ohne Eintragung, vorbehaltlich der Rechte Dritter aus §. 15.

c. **Änderung des bisherigen Wortlauts der Satzung** anläßlich eines Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses.

1. Regel. Liegt bereits in dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß eine Satzungsänderung (oben Anm. Ia), so ist an sich kein Raum für eine davon zu unterscheidende entsprechende „Satzungsänderung". Lautete die ursprüngliche Satzung: „das Grundkapital beträgt 100000 Mk.", ist demnächst beschlossen: „Das Grundkapital wird um 50000 Mk. erhöht", dieser Beschluß eingetragen, und die Erhöhung erfolgt, so lautet nunmehr die Satzung ohne weiteres: „Das Grundkapital beträgt 100000 Mk.; das Grundkapital ist um 50000 Mk. erhöht." Will nun die Gesellschaft an die Stelle dieser Fassung, in welcher der ursprüngliche Wortlaut und der Wortlaut des Erhöhungsbeschlusses nur äußerlich aneinandergereiht, nicht innerlich verschmolzen sind, eine andere einheitliche Fassung setzen, etwa: „Das Grundkapital beträgt 150000 Mk.", so liegt hierin nur eine Fassungsänderung (§. 274 Anm. IIb, Denkschr. 153). Sachlich ist daher völlig gleichgiltig, ob auch diese förmliche Änderung der Satzung erfolgt oder nicht. Insbesondere darf nicht etwa der Registerrichter die Eintragung, sei es des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses, sei es der erfolgten Erhöhung oder Herabsetzung, von einer gleichzeitigen entsprechenden Neufassung der Satzung abhängig machen.
2. Ausnahme. Unter Umständen allerdings kann der bisherige Inhalt der Satzung ein derartiger sein, daß er, zusammengehalten mit dem sachlichen Inhalt des Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlusses zu einem dem zwingenden Recht widerstreitenden Ergebnis führen würde. Die ursprüngliche Satzung laute z. B.: „Das Grundkapital beträgt 100000 Mk., eingeteilt in 25 Anteile Litt. A zu 1000 Mk. und 75 Anteile Litt. B zu 1000 Mk. Auf alle jeweilig vorhandenen Anteile A zusammen entfällt die Hälfte, auf alle jeweilig vorhandenen Anteile B zusammen die andere Hälfte des Gesamtreingewinns. Jeder Anteil Litt. A verleiht 3 Stimmen, jeder Anteil Litt. B verleiht 1 Stimme." Nun werde beschlossen: „Das Grundkapital wird um 50000 Mk. herabgesetzt durch Einziehung von 50 Anteilen Litt. B." Ist dieser Beschluß eingetragen und die Herabsetzung erfolgt, so würde sich ergeben, daß, obgleich nunmehr keine Gattungsverschiedenheit zwischen den Anteilen A und den Anteilen B besteht, den Anteilen A ein anderes Stimmrecht zustände als den Anteilen B, was unzulässig ist (§. 152 Anm. IIIb 2). Diesem Mangel würde der Registerrichter entgegenzutreten haben (§. 195 Anm. Ig). Dies Entgegentreten muß aber

bereits bei der Anmeldung des Erhöhungs= oder Herabsetzungsbeschlusses geschehen; denn durch diesen — wenn auch bedingt durch Eintreten der Erhöhung oder Herabsetzung — würde in dem gegebenen Falle die Satzung eine gesetzwidrige werden. In solchen Fällen wird daher zu verlangen sein, daß bereits gleichzeitig mit dem Erhöhungs= oder Herabsetzungsbeschluß auch die Änderung der Satzung in jenen anderen Teilen als eine gleichfalls durch die erfolgte Erhöhung oder Herabsetzung bedingte zur Anmeldung gelangt (vgl. jedoch unten Anm. III). In diesen Fällen wird es sich in der Regel nicht um bloße Fassungsänderungen (§. 274 Anm. IIb) handeln.

II. **„Erfolgen" der Erhöhung bezw. Herabsetzung.** Welcher Zeitpunkt hierunter zu verstehen, war schon nach bisherigem Recht streitig (vgl. R.O.H. XVIII, 426, Johow IX, 22, Simon, Bilanzen §. 56, Staub Art. 248 §. 9, Ring Art. 248 Anm. 5). Auch das H.G.B. und die Denkschrift enthalten sich jeder Andeutung, was mit den wiederholt gebrauchten Worten „erfolgte Erhöhung" oder „erfolgte Herabsetzung" gemeint sein könnte, obgleich doch gerade hieran wichtige Wirkungen geknüpft werden. Welcher Begriff mit jenen Worten zu verbinden ist, bleibt unter diesen Umständen durchaus zweifelhaft.

a. **Die aufzuwerfende Frage** stellt sich dahin: Die Gesellschaft hat durch die Generalversammlung beschlossen, daß für die Zukunft das Grundkapital, d. h. ein willkürlich gewählter Wertmaßstab, an welchem nur bestimmte wirklich vorhandene Werte, insbesondere die Einlageversprechen und der unverteilbare Teil des Gesellschaftsvermögens gemessen werden sollen (§. 178 Anm. II a), anderweitig bestimmt werde. Man sollte an sich glauben, daß mit einem solchen Beschluß (und seiner Eintragung) die Wirkung der Feststellung jenes neuen Wertmaßstabes eintreten müsse. Gerade dies aber soll zweifellos nicht geschehen, denn das Gesetz verlegt das Eintreten der entscheidenden Wirkungen an einen anderen Zeitpunkt, eben an das „Erfolgen der Erhöhung bezw. Herabsetzung". Unter diesen Umständen kann mit diesem „Erfolgen" nur dreierlei gemeint sein: entweder liegt darin eine nochmalige Erklärung der Gesellschaft, daß fortan der neue Wertmaßstab zu Grunde zu legen sei, oder es liegt darin irgend ein thatsächlicher Vorgang, und als letzterer könnte wohl nur in Betracht kommen entweder die entsprechende thatsächliche Vermehrung oder Verringerung des Gesellschaftsvermögens oder die äußere Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrages der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrage des Grundkapitals.

b. **Ist die thatsächliche Vergrößerung oder Verringerung des Gesellschaftsvermögens gemeint?** Man könnte zunächst geneigt sein, dies zu bejahen, vorausgesetzt, daß — wie ja auch zutreffend wäre (§. 261 Anm. XI a 4) — bereits mit dem endgiltigen Erwerb der Forderungen auf Einzahlung bezw. der endgiltigen Feststellung der Rückzahlungsschuld als einer auf reinem Gläubigerrecht (§. 250 Anm. IV) beruhenden das Gesellschaftsvermögen als vergrößert bezw. verringert angesehen würde. Für Bejahung spricht vor allem der gewöhnliche Wortsinn von Erhöhung oder Herabsetzung eines Kapitals, ferner auch, daß im Gesetz die anderen Möglichkeiten, insbesondere die einer nochmaligen endgiltigen Erklärung der Gesellschaft, keinerlei Regelung gefunden haben. Für Verneinung spricht indessen schon der Gebrauch des Wortes „Grundkapital". Dies Wort ist zwar im H.G.B. sowohl in der Bedeutung eines gewillkürten Wertmaßstabes wie auch in der Bedeutung eines jenem Wertmaßstab entsprechenden (ungetrennten) Teils des Gesellschaftsvermögens gebraucht (§. 178 Anm. II a), und beide Bedeutungen nebeneinander finden sich sogar innerhalb eines einzelnen Paragraphen (§. 288 Abs. 1 verglichen mit Abs. 2); dennoch ist wohl nicht anzunehmen, daß „Erhöhung des Grundkapitals" in der Wendung „Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals" etwas anderes bedeuten sollte als in der Wendung „Erfolgte

Erhöhung des Grundkapitals", zumal die letztere Wendung auch in einem Falle (§. 278 Abs. 1 Satz 1, zu vergleichen mit §. 280 Abs. 2) gebraucht wird, wo ersteres gemeint ist, und in einem anderen Fall (§. 313 Ziff. 3) „Erhöhung des Grundkapitals" wohl gleichzeitig den Erhöhungsbeschluß und die erfolgte Erhöhung umfaßt. Für Verneinung spricht ferner, und wohl entscheidend, daß bei der Herabsetzung in häufigen Fällen überhaupt keine Verringerung des Gesellschaftsvermögens erfolgt, dieses vielmehr unverändert bleibt. So, wenn die Herabsetzung lediglich zur Deckung eines Verlustes erfolgt (sei es in Zusammenhang mit Verminderung der Zahl der Anteilrechte ohne deren entgeltliche Erwerbung, sei es in Zusammenhang mit einer Verminderung des Betrages der einzelnen Grundkapitalanteile), und trotzdem auch die künftigen Bilanzen keinen Gewinn ausweisen.

c. **Ist die äußere Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrages der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrage des Grundkapitals gemeint?** Zu einer derartigen Ansicht könnte der Wortlaut des §. 290 verleiten, der eine „Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals" erwähnt, die Verminderung der „Aktien" also doch wohl als Mittel zur Ausführung der Herabsetzung bezeichnen will (vgl. auch §. 288 Abs. 2: „in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist"). Wäre diese Redewendung zutreffend, so würde daraus allerdings ableitbar sein, daß durch die Verminderung der „Aktien" (mag man nun hierunter Anteilrechte oder Mitgliedscheine verstehen) die Herabsetzung herbeigeführt werde. So heißt es in der That entsprechend in §. 278: „Erhöhung durch Ausgabe neuer Aktien." Beide Redewendungen erscheinen indessen ungenau aus folgenden Gründen.

Nirgend ist vorgeschrieben, daß der äußerlich auf den vorhandenen Mitgliedscheinen, in den Büchern der Gesellschaft oder dergl. genannte Gesamtbetrag aller vorhandenen Grundkapitalanteile („Gesamtnennbetrag aller Aktien") dauernd gleich hoch erhalten werden müsse wie das vorhandene Grundkapital. Daß dies nicht notwendig, ergiebt der Fall einer Einziehung von Anteilrechten ohne Herabsetzung des Grundkapitals; werden bei einem Grundkapital von 100 000 Mk. von den 100 Anteilrechten mit je 1000 Mk. Grundkapitalanteil 50 Anteilrechte eingezogen, so bleibt das Grundkapital 100 000 Mk., und trotzdem beträgt der äußerlich genannte Gesamtbetrag aller vorhandenen Grundkapitalanteile nur 50 000 Mk. (§. 227 Anm. Ic 2). [In Wahrheit allerdings bleibt in diesem Fall der bisherige Betrag der Grundkapitalanteile auch nicht einmal als „Nennbetrag der Aktien" im Sinne des Gesetzes erhalten, gleichgiltig ob der Inhalt etwa vorhandener Mitgliedscheine eine Änderung erfährt oder nicht; denn für alle Beziehungen, für welche der Betrag des Grundkapitalanteils („Nennbetrag der Aktie") überhaupt erheblich ist, muß letzterer fortan als $\frac{100\,000}{50} = 2000$ Mk. betragend gerechnet werden (vgl. §. 227 Anm. Ic 2)]. Entsprechendes muß aber auch für den umgekehrten, hier in Betracht kommenden Fall gelten: Beträgt das Grundkapital 200 000 Mk., eingeteilt in 100 Anteilrechte mit je 2000 Mk. Grundkapitalanteil, so besteht keine gesetzliche Vorschrift (über Auslegung des §. 288 Abs. 2 vgl. §. 288 Anm. IVd), welche verhinderte, das Grundkapital auf 100 000 Mk. herabzusetzen, ohne daß irgend eine Einziehung oder Zusammenlegung von Anteilrechten oder äußerlich erkennbare Änderung im Betrag der einzelnen Grundkapitalanteile vorgenommen würde. In Wahrheit allerdings (z. B. für die Anwendung des anderenfalls leicht umgehbaren §. 180) folgt auch hier der „Nennbetrag der Aktie" (Betrag des Grundkapitalanteils) unmittelbar der Änderung des Verhältnisses zwischen vorhandenem Grundkapital und Zahl der Grundkapitalanteile (vgl. R.G. XXVIII, 58). Dies ist indessen lediglich

eine Folge davon, daß der Begriff des „Betrages eines Grundkapitalanteils" auf jenes Verhältnis Bezug nehmen muß. Nicht etwa kann umgekehrt die Herabsetzung des Grundkapitals hier als eine Folge irgend eines Vorganges hingestellt werden; es ist hier überhaupt kein die Herabsetzung begleitender äußerer Vorgang vorhanden.

Aus vorstehenden Erwägungen ergiebt sich, daß die Herabsetzung des Grundkapitals grundsätzlich unabhängig ist von einer Verminderung der Zahl von Anteilrechten oder von einer Änderung der in den Mitgliedscheinen oder anderwärts enthaltenen Angabe des Betrages der Grundkapitalanteile. Daraus aber folgt unmittelbar, daß es nicht angängig ist, in dem Vermindern der Zahl von Anteilrechten oder dem Ändern des Inhalts der Mitgliedscheine das „Erfolgen" der Herabsetzung zu suchen. (Für die Erhöhung gilt an sich Entsprechendes; nur ist hier das Verhältnis nicht so klar, weil das Verbot einer Ausgabe unter Nennbetrag und das Gebot teilweiser Barzahlung in der Regel eingreifen.)

Das wahre Verhältnis zwischen Herabsetzung des Grundkapitals und etwaiger gleichzeitiger Verminderung der Anteilrechte oder etwaiger gleichzeitiger Herabsetzung der Nennbeträge in den Mitgliedscheinen ist nicht darin zu finden, daß die letzteren Maßnahmen zur Ausführung der ersteren stattfinden, vielmehr darin, daß beides unabhängig nebeneinander (wenn auch meist im Zusammenhang miteinander) geschieht, ersteres zum Zweck einer Änderung des Grundkapitals, letzteres zu einem ganz anderen Zweck, nämlich um die wünschenswerte Übereinstimmung zwischen dem in den Mitgliedscheinen genannten Nennbetrag und demjenigen, was im Sinne des Gesetzes als „Nennbetrag" anzusehen, trotz der bevorstehenden Herabsetzung zu erhalten. Der erwähnte Zusammenhang zwischen beiden Maßnahmen besteht aber nicht begrifflich, er beruht vielmehr, soweit er im Einzelfall vorhanden, ausschließlich auf dem Willen der Gesellschaft, daß die Herabsetzung erst gleichzeitig mit der geplanten Verminderung der Zahl von Anteilrechten bezw. der geplanten Änderung der Mitgliedscheine endgiltig eintreten solle.

d. **Endgiltige Erklärung, daß nunmehr erhöht bezw. herabgesetzt werde.** Ist die „erfolgte Erhöhung bezw. Herabsetzung" etwas anderes als der Erhöhungs- bezw. Herabsetzungsbeschluß (oben Anm. I a, II a), und liegt sie weder in der anläßlich der Änderung des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) herbeigeführten Änderung im Bestande des Gesellschaftsvermögens (oben Anm. II b), noch in der äußeren Herstellung einer Übereinstimmung des Gesamtbetrags der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrage des Grundkapitals (oben Anm. II c) so bleibt wohl nichts anderes übrig, als daß man sie als eine Erklärung auffaßt, des Inhalts, daß die durch den Generalversammlungsbeschluß angeordnete Erhöhung bezw. Herabsetzung nunmehr endgiltig eintreten, d. h. die Änderung des grundlegenden Wertmaßstabes („Grundkapital", oben Anm. II b) von nun an endgiltig wirksam werden solle. Große Schwierigkeiten entstehen allerdings dadurch, daß im Gesetz die Abgabe dieser Erklärung in keiner Weise geregelt ist, und mangels einer bestimmten Form der Abgabe in vielen Fällen zweifelhaft bleiben wird, ob und wann die Erklärung abgegeben ist. Die Vorschriften über Anmeldung der erfolgten Erhöhung bezw. Herabsetzung (§§. 284, 291) mildern zwar diesen Übelstand, beseitigen ihn aber nicht, denn die Anmeldung als solche (vgl. unten Anm. II e) enthält nicht etwa jene Erklärung, setzt sie vielmehr als geschehen voraus.

e. **Durch wen und wie ist die Erklärung abzugeben?** Die Erklärung, daß nunmehr endgiltig erhöht bezw. herabgesetzt werde, ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung der Gesellschaft. Sie ist abzugeben durch die gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft, in der Regel also (§. 231 Abs. 1) durch den Vorstand. Sie kann — wie jede Willenserklärung — ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.

Ersteres z. B. durch förmlichen Vorstandsbeschluß, letzteres z. B. durch Vermerkung der Änderung des Grundkapitalbetrages auf dem Aktienkapitalkonto in den Büchern der Gesellschaft, oder durch Vorlegung einer Bilanz unter Einsetzung des geänderten Grundkapitalbetrages, oder (vgl. entsprechend für Gebrauch der Firma R.G. XXII, 60) durch Anmeldung der Änderung als erfolgt zum Handelsregister.

f. **Zeitpunkt** der Erklärung. Wird die Erklärung mehrmals abgegeben, so entscheidet die erste giltige Abgabe. Erfolgt die Erklärung als eine ausdrückliche, so ist hierdurch der maßgebende Zeitpunkt festgestellt. Als stillschweigende Erklärungen werden in den einzelnen Fällen verschiedene Handlungen vorwiegend häufig in Betracht kommen:

1. **Erhöhung**. Das „Erfolgen" der Erhöhung liegt — abgesehen von der Herausschiebung der Wirkung gemäß §. 285, §. 277 Abs. 3 (vgl. oben Anm. Ib) — vor dem Zeitpunkt der Eintragung der erfolgten Erhöhung. Dies folgt daraus, daß die neuen Anteilrechte bereits vor Eintragung vorhanden sind (vgl. §. 287 Abs. 2). Andererseits liegt das „Erfolgen" der Erhöhung nach dem Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses (oben Anm. Ia; vgl. auch §. 281 Abs. 1 Ziff. 1). Eine stillschweigende Erklärung, daß nunmehr die Erhöhung erfolge, wird man hier (soweit Bareinlagen in Betracht kommen) spätestens in der Zuteilung (§. 189 Anm. II) von Grundkapitalanteilen an die Zeichner zu finden haben. Spätestens mit diesem Zeitpunkt verwandelt sich die in dem Erhöhungsbeschluß liegende aufschiebende Bedingung des Erfolgens der Erhöhung (oben Anm. I a, b) in die auflösende Bedingung der Nichteintragung des Erfolgens vor Ablauf der Bindung des Zeichners (§. 281 Abs. 1 Ziff. 4). — Daß in diesem Fall nur diese beschränkte Wirkung eintritt, daß also selbst wenn die Erhöhung beschlossen, der Beschluß eingetragen und die Erhöhung „erfolgt" ist, in Wahrheit immer noch keine unbedingte Erhöhung vorliegt, ist eine Folge davon, daß in §. 281 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 nicht folgerichtig (wenn auch mangels einer bestimmten Form des „Erfolgens" notgedrungen) die Eintragung der erfolgten Erhöhung und nicht vielmehr das „Erfolgen" der Erhöhung auf eine Stufe mit der in dem entsprechenden §. 189 Abs. 3 Ziff. 4 genannten „Errichtung" (§. 182 Anm. IIIa) gestellt ist. — Über den Fall der Festsetzung nur eines Höchstbetrages im Erhöhungsbeschluß vgl. unten Anm. III.

2. **Herabsetzung**. Hier gestaltet sich die Anwendung der obigen Grundsätze verschieden je nach dem Zweck, zu welchem die Herabsetzung stattfindet (z. B. Rückzahlung von Grundvermögen, Erlaß von Einlageschulden, buchmäßige Ausgleichung von Verlusten, Freiwerden von Grundvermögen zu freiwilligen Rücklagen oder zu Zahlungen an Dritte; §. 288 Anm. II) und je nachdem, ob im Zusammenhang damit eine Verminderung der Anteilrechtszahl, eine äußere Herabsetzung der Beträge von Grundkapitalanteilen oder keine derartige Maßregel stattfindet. Jeder einzelne der erwähnten Zwecke kann an sich auf jede der letzterwähnten drei Weisen erreicht werden. Hierdurch, und da der Zweck auch im Hinblick auf die Zeit, wann er erreicht werden soll, verschieden bestimmt werden kann, ergiebt sich eine unübersehbare Zahl möglicher Fälle. Nur einige besonders häufig in Betracht kommende Gesichtspunkte sind daher im Folgenden berührt:

   α. Herabsetzung des Grundkapitals im Zusammenhang mit Verminderung der Zahl der Anteilrechte durch Einziehung oder Zusammenlegung. In der Regel wird in diesen Fällen die Erklärung, daß die Herabsetzung nunmehr endgiltig erfolge, in derjenigen Maßregel zu finden sein, durch welche die Einziehung durchgeführt wird (vgl. Johow IX, 22), und zwar so, daß nach dem Willen der erklärenden Gesellschaftsbehörde die Herabsetzung auch zeitlich mit der Durchführung der Verminderung zu-

sammenfällt. Über den Zeitpunkt, in welchem eine Einziehung als durchgeführt zu gelten hat, vgl. §. 227 Anm. I b. Der Zeitpunkt, wann eine Zusammenlegung als durchgeführt zu gelten hat, ist aus §. 290 abzuleiten. Auch in diesen Fällen ist jedoch daran festzuhalten (oben Anm. II c), daß das „Erfolgen" der Herabsetzung als solcher (d. h. soweit nicht etwa im Einzelfall der Wille der Gesellschaft die Herabsetzung an die Einziehung bezw. Kraftloserklärung knüpft) unabhängig ist von der Frage, ob die Einziehung oder Zusammenlegung rechtsgiltig angeordnet ist (§. 227 Anm. II a), und ob die Art der Durchführung eine erlaubte war (§. 227 Anm. II b), insbesondere ob die Kraftloserklärung nichteingelieferter, die zusammengelegten Anteilrechte verbriefender Mitgliedscheine wirksam erfolgt ist (§. 290; vgl. auch Simon a. a. O. 217); in solchen Fällen wird an sich nicht die Herabsetzung unwirksam, sondern es treten nur andere Folgen ein, welche unter Umständen allerdings dahin führen, daß der nunmehrige Betrag des Grundkapitals vorübergehend nicht mehr übereinstimmt mit der Summe der Grundkapitalanteil-Beträge, welche auf allen in Umlauf befindlichen Mitgliedscheinen verzeichnet sind. Eine solche äußere Nichtübereinstimmung ist aber nichts Unmögliches (oben Anm. II c).

β. Herabsetzung des Grundkapitals im Zusammenhang mit Vermerkung der entsprechenden Herabsetzung des Betrags der Grundkapitalanteile in einzureichenden Mitgliedscheinen. Das H.G.B. enthält keine ausdrückliche Erwähnung, wie in einem derartigen Fall die Einreichung der Mitgliedscheine erzwungen werden könnte. Erachtet man den §. 290 für entsprechend anwendbar (§. 290 Anm. II d), und hat die Gesellschaft ein dementsprechendes Verfahren in Aussicht genommen, so wird das zu α Gesagte entsprechend auch für diesen Fall gelten.

γ. Herabsetzung des Grundkapitals ohne Zusammenhang mit Verminderung der Zahl von Anteilrechten oder äußere Änderung des Betrags der Grundkapitalanteile in den Mitgliedscheinen (oder vor Verminderung bezw. Änderung).

Falls Zweck der Herabsetzung die teilweise Rückzahlung von Grundvermögen („Grundkapital", §. 288 Abs. 2). Auch in diesem Falle muß Herabsetzungsbeschluß und erfolgte Herabsetzung unterschieden werden, denn das Gesetz setzt eine solche Unterscheidung für alle Fälle der Änderung des Grundkapitals voraus. Daher ist nicht angängig, bereits an den Herabsetzungsbeschluß die Wirkung zu knüpfen, daß insoweit, wie eine Rückzahlung erfolgen soll, der einzelne Aktionär sofort ein (bedingtes und befristetes, §. 289 Abs. 4) Gläubigerrecht (§. 250 Anm. IV) erhalte, welches er z. B. auch im Konkurse der Gesellschaft geltend machen könne (so Staub Art. 248 §. 9 dagegen Simon, Bilanzen S. 215; vgl. §. 289 Anm. IV e). Andererseits ist es auch nicht angängig, mit Simon a. a. O. das „Erfolgen" der Herabsetzung grundsätzlich an die thatsächliche Rückzahlung zu knüpfen, denn hierdurch würde auf die thatsächliche Vermögensverringerung das entscheidende Gewicht gelegt (oben Anm. II b). Eine Herabsetzung „durch Rückzahlung von Grundkapital" (welchen Wortlaut Simon irrtümlich zu Grunde legt) ist im H.G.B. nicht erwähnt, sondern nur eine Herabsetzung „zur" Rückzahlung. Ein „Erfolgen" der Herabsetzung wird auch in diesem Falle in der Erklärung der ausführenden Gesellschaftsbehörde, daß die Herabsetzung nunmehr endgiltig eintrete, zu finden sein (ähnlich Pinner §. 289 Anm. VII). Eine solche Erklärung kann z. B. in der Vornahme einer Buchung liegen, durch welche der Betrag, um welchen die Herabsetzung nach dem Generalver-

sammlungsbeschluß erfolgen soll, vom Aktienkapitalkonto abgeschrieben und den einzelnen Aktionären auf besonderem Konto gutgeschrieben wird. Sie kann auch, z. B. wenn eine solche Umbuchung nicht vorhergegangen ist, in einer thatsächlichen Rückzahlung von Geld oder der Hingabe anderer Vermögensgegenstände liegen. — Zu unterscheiden von der vorstehend behandelten Frage, wann die „Herabsetzung des Grundkapitals" (d. h. des grundlegenden Wertmaßstabs) erfolgt, ist die andere Frage, wann auf Grund dieser Herabsetzung Teile des bisherigen Grundvermögens der Gesellschaft ausgezahlt werden dürfen; nur die letztere Frage ist in §. 289 Abs. 4 behandelt. Nirgend ist verboten, daß die „Herabsetzung des Grundkapitals" bereits vor Ablauf der Sperrzeit erfolgt (§. 289 Anm. IVd). Und selbst wenn im Einzelfall wegen Nichtablaufs der Sperrzeit die Handlung, aus welcher die stillschweigende Erklärung der endgiltigen Herabsetzung zu entnehmen, verboten ist, bleibt die Herabsetzungserklärung als solche dennoch wirksam.

Falls Zweck der Herabsetzung die Befreiung der Aktionäre von Einlageverpflichtungen. Hier gilt Entsprechendes wie vorstehend. Das „Erfolgen" der Herabsetzung, nämlich die stillschweigende endgiltige Erklärung kann liegen in einer Umbuchung, z. B. indem der Betrag der angeordneten Herabsetzung vom Aktienkapitalkonto abgeschrieben und einem (wegen Laufs der Sperrzeit zu bildenden) Reservefonds zugeschrieben wird. Das „Erfolgen" der Herabsetzung kann auch in einer Erklärung der Gesellschaft gegenüber den Aktionären liegen, daß sie diese von ihren Verpflichtungen befreie. Eine Erklärung der letztgedachten Art kann in einer Abstempelung oder in einem Umtausch der bisherigen Mitgliedscheine liegen (worauf Simon, Bilanzen S. 216 entscheidenden Wert legen will; vgl. oben zu β); an sich sind jedoch Abstempelung und Umtausch für unerheblich zu erachten, da der Inhalt des Anteilrechts grundsätzlich unabhängig ist von der Beschaffenheit der Mitgliedscheine und unberührt durch etwaige falsche Beurkundung in letzteren (§. 179 Anm. IIb). — Auch hier ist von der vorstehenden Frage die andere zu trennen, wann die Befreiung wirksam wird. Über letztere vgl. §. 289 Anm. IVd.

III. **Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß mit Angabe nur eines Höchstbetrages der Erhöhung oder Herabsetzung.** Bestritten ist, ob ein Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß, welcher nur einen Höchstbetrag der Erhöhung oder Herabsetzung angiebt, zulässig ist. Die herrschende Meinung bejaht dies (L.G. Frankfurt a./M. v. 20. Mai 1896 Z.f.H. Bd. 47 S. 121, Ring Art. 215b Anm. 4, Esser Anm. 4, Simon, Bilanzen S. 211, wohl auch Staub Art. 215a §. 4). Gegen die Zulässigkeit Johow XIV, 23, Pinner Anm. II 1. Eine mittlere Meinung bei Behrend §. 136 Anm. 7. Das K.G. Berlin (v. 22. Septb. 1896 Johow XVI, 22 und v. 25. Jan. 1897 Holdheim Ztschr. 131) will Herabsetzung unter Angabe eines Höchstbetrages nur zulassen, wenn der Übergangszeitraum genau begrenzt ist. Nicht klar erkennbar ist, welcher Fall dem Verfasser der Denkschrift vorschwebte bei dem Satz: „In manchen Fällen, wie z. B. nicht selten bei einer Erhöhung des Grundkapitals, ist es überhaupt nicht ausführbar, die endgiltige Fassung des Statuts gleichzeitig mit dem Beschlusse, der die sachliche Änderung des Statuts herbeiführt, festzustellen" (Denkschr. 153).

Man kann zur Entscheidung dieser Frage nicht etwa die Bestimmung des §. 274 Abs. 1 Satz 2 über die Zulässigkeit der Überlassung von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrat heranziehen, indem man als den in seiner Fassung zu ändernden Satzungsänderungsbeschluß den Erhöhungs- bezw. Herabsetzungsbeschluß (oben Anm. Ia) ansieht. Dies thut auch nicht die Denkschrift a. a. O., denn sie zielt nur auf entsprechende Änderung des Wortlauts

der bisherigen Satzung (oben Anm. Ic 1), was vorliegend nicht in Betracht kommt. Von Ermächtigung zur Fassungsänderung eines gleichzeitig gefaßten Generalversammlungsbeschlusses kann nur die Rede sein, wenn die Generalversammlung sich für eine bestimmte Fassung ihrerseits entscheidet und dem Aufsichtsrat eine Änderung dieser Fassung gestattet; nicht aber im vorliegenden Falle, wo bereits die Generalversammlung mehrere mögliche Fassungen, deren jede einem sachlich verschiedenen Inhalt entspricht, nebeneinanderstellt und den Aufsichtsrat zur Auswahl zwischen diesen Fassungen anweist. Die Auswahl im letzteren Falle ist keine Fassungsänderung, sondern das Treffen einer Wahl zwischen mehreren sachlich verschiedenen Satzungsänderungen.

Die hier zu entscheidende Frage führt daher lediglich zurück auf die allgemeinere Frage, ob es — abgesehen von der in jedem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegenden Bedingung „wenn die beschlossene Erhöhung bezw. Herabsetzung überhaupt erfolgt" (oben Anm. Ib) — zulässig erscheint, daß die Generalversammlung einen Satzungsänderungsbeschluß des Inhalts faßt, eine bestimmte Satzungsänderung solle eintreten unter der Bedingung einer (auch ohne Eintragung wirksamen) Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde. Eine Verbindung mehrerer derartig bedingter Satzungsänderungsbeschlüsse läge in dem hier in Betracht kommenden Beschluß, die Satzung solle entweder den einen sachlichen Inhalt oder einen anderen sachlichen Inhalt haben, und einer anderen Gesellschaftsbehörde solle es freistehen, durch eine Willenserklärung (welche zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung bedarf) festzustellen, welcher dieser verschiedenen Inhalte der maßgebende sein solle. Die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses ist aber wohl zu verneinen, da sie nicht vereinbar erscheint mit der Regel des §. 274 Abs. 1 Satz 1, daß eine Satzungsänderung nur durch die Generalversammlung beschlossen werden kann. Die Zulassung der in jedem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß liegenden oben erwähnten Bedingung ist allerdings eine Ausnahme von jener Regel; man wird aber diese Ausnahmebestimmung nicht weiter ausdehnen dürfen, als das Gesetz selbst hierzu zwingt (vgl. oben Anm. I c 2). Anderenfalls würde auf diesem Wege die Ersehbarkeit des Satzungsinhalts aus dem Handelsregister stark gefährdet und zum Teil aufgehoben werden; es sei denn, daß man verlangt — wofür aber ein gesetzlicher Anhalt fehlt —, die Bedingung müsse bei Eintragung des Änderungsbeschlusses bereits erfüllt sein und dies bei der Eintragung berücksichtigt werden. Der Grundsatz des festen Grundkapitals könnte nahezu aufgehoben werden, wenn z. B. die erste nach Entstehung der Gesellschaft abgehaltene Generalversammlung gleichzeitig einen Erhöhungsbeschluß und einen Herabsetzungsbeschluß, beide mit hohem Höchstbetrage fassen würde (vgl. unten Anm. IV), und dem Vorstande überlassen bliebe, künftig jederzeit einen oder den anderen Beschluß nach seinem Gutdünken teilweise auszuführen. Auch die Vorschriften der §§. 282, 283 wären auf diesem Wege zu umgehen. So ist es z. B. vorgekommen, daß auf Grund eines Erhöhungsbeschlusses mit Höchstbegrenzung die Erhöhung nur teilweise erfolgte, dann Herabsetzungsbeschluß erging und die Herabsetzung erfolgte, und nunmehr ohne neuen Beschluß der Vorstand im Interesse der früheren Bezugsberechtigten mit dem früher unerledigten Rest der Erhöhung vorging. — Will man im Gegensatz zu der hier verteidigten Ansicht Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse mit Angabe eines Höchstbetrages zulassen, so wird endlich auch zweifelhaft, ob erst bei Erschöpfung des Höchstbetrages die Änderung des Grundkapitals „erfolgt" ist, und ob demgemäß die „erfolgte" Erhöhung bezw. Herabsetzung in diesem Fall nur einmal (was wegen Mangels einer Fristbegrenzung oft thatsächlich gleichbedeutend mit garnicht wäre) oder schon nach jeder Teiländerung anzumelden wäre.

Von der vorstehend behandelten Frage zu unterscheiden ist, ob die Generalversammlung einen Beschluß des Inhalts fassen darf, eine Herabsetzung solle in einer durch ein künftiges, nicht im Willen einer anderen Gesellschaftsbehörde liegendes Ereignis zu bestimmenden Höhe und erst nach Eintritt jenes Ereignisses erfolgen (z. B. wenn die Höhe durch frei-

williges Erbieten von Aktionären zu gewissen Leistungen bestimmt wird), und der Aufsichtsrat solle die so bestimmte Zahl äußerlich festsetzen. Dies ist für zulässig zu erachten, denn hier ist die Thätigkeit des Aufsichtsrats auf Feststellung der endgiltigen Fassung des Herabsetzungsbeschlusses beschränkt; es liegt nicht in seinem freien Willen, die eine oder die andere Zahl einzusetzen.

IV. **Verbindung von Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschluß.** Zulässig ist das gleichzeitige Beschließen einer Erhöhung und einer Herabsetzung. Dies kann in der Weise vorkommen, daß beide Beschlüsse unabhängig von einander sind, oder auch so, daß nach dem Inhalt des Beschlusses die Erhöhung und Herabsetzung gleichzeitig vorgenommen werden und sich gegenseitig bedingen sollen. In ersterem Falle gehen beide Beschlüsse selbständig nebeneinander her, und es ist an sich auch nicht ausgeschlossen, daß jeder von beiden ausgeführt wird; nur ist im Einzelfall zu beachten, ob etwa der betreffende Beschluß den bisherigen Bestand des Grundkapitals als Ausgangspunkt voraussetzte. Wird Erhöhung und Herabsetzung als sich gegenseitig bedingend beschlossen (z. B. wenn Zusammenlegung und gleichzeitige Neuausgabe stattfinden soll), so ist dies gleichfalls zulässig (R.O.H. XXV, 267, Staub Art. 248 §. 11, Cosack §. 120 IV 1b, Behrend §. 143 VII, Pinner §. 288 Anm. VI, Esser Anm. 4, Liebmann bei Holdheim Ztschr. 1898 S. 183; vgl. Bolze Bd. 22 Nr. 514). Der Beschluß muß in diesem Fall gleichzeitig die Erfordernisse eines Erhöhungsbeschlusses und diejenigen eines Herabsetzungsbeschlusses erfüllen, und nur gleichzeitig dürfen demnächst Erhöhung und Herabsetzung erfolgen.

V. **Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien.**

a. **Erhöhung.** Zwar lautet die Fassung des §. 278 Abs. 1 Satz 1: „die Erhöhung soll nicht erfolgen". Gemeint ist jedoch wohl, daß bereits der Erhöhungsbeschluß nicht vor Einzahlung des bisherigen Kapitals gefaßt werden solle. Bereits bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses ist die entsprechende Versicherung abzugeben (§. 280 Abs. 2), auch wenn die Erhöhung selbst erst später erfolgt.

b. **Grundkapital.** Vgl. §. 178 Anm. II.

c. **Ausgabe der „Aktien"** bedeutet in §. 278 nicht eine Ausgabe der Urkunden (wie an anderen Stellen, §. 241 Anm. IIIc 4), vielmehr (wie in §. 184) das Zuteilen eines Grundkapitalanteils. Die Worte „durch Ausgabe neuer Aktien" sind wohl als überflüssig anzusehen, denn es ist nicht ersichtlich, wie in anderer Weise das Grundkapital erhöht werden könnte. An sich wäre allerdings denkbar, eine Erhöhung im Zusammenhang damit zu bewirken, daß lediglich der Betrag der bereits vorhandenen Grundkapitalanteile heraufgesetzt und die Einlagepflicht entsprechend erhöht würde. Indessen ist diese Erhöhungsweise im Gesetz nicht geregelt, und auch auf sie müßte jedenfalls §. 278 zur Anwendung gebracht werden. — Die Zuteilung neuer Grundkapitalanteile gegen Zahlung oder Versprechen von Einlagen enthält die Aufnahme neuer Mitglieder in einen bestehenden Verein (vgl. R.G. XXXII, 248); die juristische Person der A.G. ist nach der Erhöhung unverändert dieselbe wie vorher (M. 136, Staub Art. 215a Einl., Pinner Anm. I; vgl. auch oben §. 188 Anm. IIb); nicht etwa ist (wie R.G. II, 134 annahm) die A.G. nach Erhöhung eine andere als die frühere und nur allgemeine Rechtsnachfolgerin der früheren. In der Zuteilung neuer Grundkapitalanteile liegt kein Verkauf der neuen Anteilrechte (M. 135, R.G. XXXII, 248).

d. „**Durch** Ausgabe neuer Aktien." Diese Redewendung entspricht dem „**zur Ausführung**" in §. 290. Sie erscheint indessen ungenau, da in Wahrheit die Erhöhung des Grundkapitals nicht durch Zuteilung von neuen Grundkapitalanteilen, sondern nur im Zusammenhang mit dieser Zuteilung erfolgt (oben Anm. IIc, f 1).

VI. **Verbot der Erhöhung vor Einzahlung des bisherigen Kapitals.**

a. **Einzahlung.** Vgl. §. 195 Anm. IVd. Unter Einzahlung ist hier wie in §. 179 Abs. 4, §. 195 Abs. 3, §. 217, §. 218 (§. 179 Anm. VI, §. 195 Anm. IVa, §. 217 Anm. Ia,

§. 218 Anm. I) nur die Leistung einer Bareinlage zu verstehen (dementsprechend §. 278 Abs. 1 Satz 3: „eingeforderten", §. 280 Abs. 2: „Beträge"). Indessen ist dies Wort entsprechend, wie in §§. 179, 217 (§. 179 Anm. VI, §. 217 Anm. Ia) auch auf Nichtbareinlagen anzuwenden. — Über die Höhe der auf die neuen Grundkapitalanteile zu leistenden Einzahlungen bestimmt §. 284 Abs. 3.

b. **Volle Einzahlung.** Von dem Erfordernisse der vollen Einzahlung sind drei Ausnahmen gemacht:

1. Versicherungsgesellschaft (§. 278 Abs. 1 Satz 2). Die Satzung (§. 182 Anm. I) einer Versicherungsgesellschaft kann bestimmen, daß die Erhöhung des Grundkapitals vor voller Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen darf.

2. Unerhebliche Rückstände (§. 278 Abs. 1 Satz 3). Rückstände hindern die Erhöhung nicht (abweichend bei der ursprünglichen Anmeldung der Gesellschaft, §. 195 Anm. IVc), wenn sie auf einen verhältnismäßig unerheblichen Teil der eingeforderten Einzahlung verblieben sind. (Anders nach bisherigem Recht R.G. in Strss. **XIV**, 37.) Soll trotz Vorhandenseins von Rückständen das Grundkapital erhöht werden, so sind bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses die rückständigen Beträge zu bezeichnen (§. 280 Abs. 2). Was als „ein verhältnismäßig unerheblicher Teil" der eingeforderten Einzahlung anzusehen, ist Frage des Einzelfalls (Denkschr. 156); die wirtschaftlichen Gesichtspunkte sind in den Vordergrund zu stellen. Aus dem Wortlaut des §. 278 Abs. 1 Satz 3 wird geschlossen werden müssen, daß unerhebliche Rückstände nur dann unschädlich sind, wenn der rückständige Betrag eingefordert (§. 218 Anm. II) ist (Pinner Anm. II 3a). Trotzdem das Wort „einfordern" auf die nur auf Bareinlagen anwendbaren §§. 218, 195 Abs. 3 zu verweisen scheint, ist auch bezüglich der Zulässigkeit unerheblicher Rückstände eine entsprechende Anwendung auf Nichtbareinlagen für geboten zu erachten (vgl. oben Anm. VIa).

3. Übernahme des Vermögens einer A.G. oder K.A.G. als Ganzes gegen Gewährung neuer, unter Erhöhung des Grundkapitals geschaffener Anteilrechte (§. 305 Abs. 1, §. 320 Abs. 3).

c. **Bisheriges Kapital.** Aus §. 278 Abs. 1 Satz 1 könnte man entnehmen wollen, daß hier absichtlich „Kapital" von „Grundkapital" unterschieden sei. Obgleich eine Unterscheidung gerechtfertigt gewesen wäre (§. 178 Anm. IIa), ist sie jedoch nicht beabsichtigt. Denn in dem entsprechenden §. 280 Abs. 2 steht letzteres Wort an Stelle des ersteren; umgekehrt in §. 278 Abs. 3, §. 287 ersteres Wort an Stelle des letzteren. — Was in §. 278 „Einzahlung des Kapitals" genannt wird, ist — wenn man den nicht ausschließbaren Fall der Nichtbareinlage mitberücksichtigt (oben Anm. VIa) — gleichbedeutend mit dem was der §. 211 als „Leistung von Kapitaleinlagen" bezeichnet (§. 211 Anm. II).

d. **Verstoß gegen das Verbot** bewirkt nicht Nichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses oder der neuen Anteilrechte („soll"; vgl. Denkschr. 155); auch nicht Anfechtbarkeit des Beschlusses (§. 271 Anm. III; vgl. oben Anm. Va). Das Verbot ist vor Übertretung nur durch die Notwendigkeit der Abgabe einer entsprechenden Versicherung bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§. 280 Abs. 2), durch die Strafbarkeit einer falschen derartigen Versicherung (§. 313 Ziff. 3) und durch die allgemeinen Folgen von Obliegenheitsverletzungen der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat (§§. 241, 249) gesichert.

VII. **Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Grundkapitalanteile und Mitgliedscheine.** Die Denkschr. 159 bemerkt: „Daß die auf die Aktien und Interimsscheine bezüglichen allgemeinen Vorschriften des ersten Titels, insbesondere diejenigen über den Mindestbetrag der einzelnen Aktien (§. 180), über das Verbot der Ausgabe von

Inhaberaktien vor der Vollzahlung (§. 179) und über die Unzulässigkeit der Ausgabe von Aktien unter Pari (§. 209), auch im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals Anwendung finden, braucht im Gesetze nicht besonders ausgesprochen zu werden." Daß hier nur auf §. 209, nicht auch auf §. 184 Abs. 1 Bezug genommen, beruht offenbar nur auf einem Versehen. — Für ältere Gesellschaften vgl. Art. 24 E.G. z. H.G.B.

VIII. **Erfordernisse des Erhöhungsbeschlusses.**

a. **Die allgemeinen Erfordernisse aller Satzungsänderungsbeschlüsse** (§. 275 Anm. Ib, c) sind zu beobachten, da der Erhöhungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß ist (oben Anm. Ia). Eine Satzungsbestimmung, welche allgemein für „Satzungsänderungsbeschlüsse" Bestimmungen, die von §. 275 Abs. 1 abweichen, trifft, ist im Zweifel auch auf Erhöhungs- und Herabsetzungsbeschlüsse zu beziehen (dagegen Esser Anm. 4).

b. **Sind mehrere Aktiengattungen** (§. 185 Anm. Ic) **vorhanden**, so bedarf es stets (Denkschr. 156), auch wenn die Voraussetzung (§. 275 Abs. 3) der Benachteiligung einer Gattung nicht vorliegt, der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Gattung in gesonderter Abstimmung. Über die näheren Erfordernisse der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Sondergattung und das Erfordernis besonderer Ankündigung dieser Sonderbeschlußfassungen vgl. §. 275 Anm. IIIc.

c. **Soll Ausgabe über Nennbetrag** (§. 184 Anm. III) **erfolgen**, so ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Erhöhungsbeschluß festzusetzen. Dadurch, daß nur der Mindestbetrag festzusetzen, ist zum Ausdruck gebracht, daß der Vorstand nach seinem Ermessen die Zuteilung von Grundkapitalanteilen von einem jenen Mindestbetrag übersteigenden Einlageversprechen abhängig machen darf. Nicht entschieden durch die Fassung des §. 278 Abs. 3 ist die Frage, ob der Ausgabebetrag, soweit er den Nennbetrag übersteigt, für alle Anteile ein gleich hoher sein muß (für Bejahung: Ring Art. 209a Anm. 4, Art. 215a Anm. 6; für Verneinung: Staub Art. 209a §. 3, Art. 215a §. 4, Behrend §. 117 Anm. 16, Pinner Anm. II 2). Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung des Gesetzes wird dies zu verneinen sein. Daß jedenfalls für Zuteilung an Aktionäre, welche ihr Bezugsrecht innerhalb der Bezugsfrist ausüben, ein anderer Ausgabebetrag festgesetzt werden kann, als für anderweite Zuteilung, ist aus den — anderenfalls überflüssigen — Worten „an die Aktionäre" in §. 282 Abs. 2 zu schließen (Pinner a. a. O., Cosack §. 120 III 6a). Aber auch sonstige Unterschiede erscheinen nicht gesetzlich ausgeschlossen; in solchen Fällen ist „Betrag" in §. 281 Ziff. 2 und §. 282 Abs. 2 im Sinne von „die verschiedenen Beträge" auszulegen; die durch letztere Bestimmungen gebotene Bekanntmachung wird allerdings thatsächlich darauf hinwirken, die Festsetzung verschiedener Ausgabebeträge zu erschweren. — Auch gegenüber Bezugsberechtigten (§§. 282, 283) hat, wenn ein Mindestbetrag im Erhöhungsbeschluß festgesetzt ist, der Vorstand (vgl. §. 282 Abs. 2) das Recht, einen höheren Betrag als Bezugsbetrag zu bestimmen; doch ist das Recht jedes Aktionärs auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§. 250 Anm. IIIc 4) zu beachten. Hat die Generalversammlung zwar einen den Nennbetrag übersteigenden Mindestbetrag festgesetzt, aber ferner bestimmt, daß zu einem bestimmten Betrage den Aktionären der Bezug zu gewähren sei, so hat diese fernere Bestimmung wohl nur die Bedeutung einer Anweisung an den Vorstand (§. 235 Abs. 1), schafft aber nicht ein dahingehendes Sonderrecht jedes Aktionärs. Über die Unzulässigkeit einer Ausgabe unter Nennbetrag vgl. oben Anm. VII. — Ist die Festsetzung eines den Nennbetrag übersteigenden Mindestausgabebetrages versäumt, so haben die bezugsberechtigten Aktionäre und andere vor Festsetzung eines höheren Ausgabebetrages bezugsberechtigt Gewordene ein Recht darauf, daß wenn

überhaupt, nur zum Nennbetrage zugeteilt wird. Dritten Zeichnern wird indessen bei Aufnahme des höheren Betrages in den Zeichnungsschein wohl nicht ein gleiches Recht einzuräumen sein. — Soll Ausgabe zum Nennbetrag erfolgen, so braucht hierüber im Erhöhungsbeschluß nichts vermerkt zu werden (L.G. I Berlin v. 17. August 1898 Bl. f. Rpfl. 76).

d. **Sollen Nichtbareinlagen erfolgen**, so bedarf es hierüber einer Festsetzung im Erhöhungsbeschluß (§. 279).

§. 279. **Nicht bare Einlagen.**

Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten ist, oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden.

Jedes Abkommen dieser Art, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung in dem Beschlusse der Generalversammlung gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Die Vorschriften der §§. 207, 208 bleiben unberührt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 254. **Entw. II** §. 271.

§. 279.

I. **Nichtbareinlage und Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage.**

a. **Nichtbareinlage.** Vgl. §. 186 Anm. II a, c—e.

b. **Übernahme unter Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage.** Vgl. §. 186 Anm. II b. Der §. 279 behandelt nur den Fall einer Übernahme gegen Anrechnung der Vergütung auf die Einlage, nicht auch (wie bei Errichtung der Gesellschaft, §. 186 Abs. 2) einen sonstigen Übernahmevertrag. Der hier allein behandelte Fall ist aber in Wahrheit ein Fall einer Nichtbareinlage (§. 186 Anm. II b). So wurde mit Recht als Nichtbareinlageversprechen aufgefaßt das Versprechen einer Bareinlage unter gleichzeitiger Gestattung der Aufrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft (R.G. XLII, 4). Nur insoweit die Vergütung angerechnet wird, greift §. 279 ein; insoweit dies nicht geschieht, liegt ein gewöhnlicher Überlassungsvertrag vor (§. 186 Anm. II c), für den — außer soweit darin etwa eine Nachgründung liegt — keine besonderen Bestimmungen gelten (§. 186 Anm. III d). Unter Umständen kann auch ein aus Überlassung, Nichtbareinlage und Bareinlage gemischtes Geschäft vorliegen; z. B. wenn jemand einen Gegenstand für 50000 Mk. überläßt, und hiervon 30000 Mk. als 50% Einzahlung auf die übernommenen 60 Anteile zu 1000 Mk. angerechnet werden sollen, während die übrigen 20000 Mk. an ihn bar zu zahlen sind.

II. **Festsetzung im Erhöhungsbeschluß.** Vgl. §. 186 Anm. IV. Festzusetzen sind:

a. **Der Gegenstand der Einlage** (oder der Übernahme). Vgl. §. 186 Anm. II a. Auch der Erlaß einer Forderung des Einlegers gegen die Gesellschaft ist ein zulässiger Gegenstand der Einlage (R.G. XLII, 4).

b. **Die Person des Einlegers** (oder des Überlassers). Einleger (und Überlasser unter Vergütungsanrechnung auf Einlage) kann nur sein wer Grundkapitalanteile auf das zu erhöhende Grundkapital übernimmt.

c. **(Nenn-)Betrag der für die Einlage gewährten Grundkapitalanteile.** Vgl. §. 186 Anm. III c. Liegt ein gemischtes Geschäft vor (oben Anm. I b), so sind alle in Betracht kommenden Zahlen anzugeben, insbesondere auch die für den ganzen teils überlassenen, teils eingelegten Gegenstand gewährte Vergütung, und der Betrag, in dessen Höhe die Einlage auf die gewährten Grundkapitalanteile als bewirkt angesehen werden soll.

III. **Wirkung eines Unterlassens der vorgeschriebenen Festsetzung.** Vgl. §. 186 Anm. VI.

IV. **Vorschriften über Nachgründung.** Soweit sie eingreifen, sind sie neben dem §. 279 anzuwenden. Die §§. 207, 208 betreffen nur Verträge (§. 208 Anm. I a), welche innerhalb zwei Jahren nach Entstehung der Gesellschaft geschlossen sind; unter Abschluß ist dort die Auswechselung von Willenserklärungen zwischen dem Dritten und dem gewöhnlichen Vertreter der Gesellschaft zu verstehen, nicht erst die Zustimmungserklärung der Generalversammlung (§. 207 Anm. I a, d). Die Übernahme von Grundkapitalanteilen unter Nichtbareinlage ist als solche kein Vertrag (§. 186 Anm. II c, §. 188 Anm. I); doch kann ein Vorvertrag vorangehen (§. 182 Anm. II a). Wenn letzteres der Fall, so sind §§. 207, 208 bereits auf den Vorvertrag anwendbar. Ist kein solcher geschlossen, so sind §§. 207, 208 unmittelbar überhaupt nicht anwendbar (dagegen Pinner Anm. IV); wohl aber entsprechend; letzteres jedoch nur in der Weise, daß dem Vertrage nicht der Erhöhungsbeschluß als solcher (vgl. auch §. 277 Abs. 3), sondern die (in der Regel spätere, vgl. §. 281 Anm. I) Zuteilung der Grundkapitalanteile (vgl. auch §. 278 Anm. II f 1) gleichgestellt wird.

Anmeldung des Beschlusses. §. 280.

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist oder, soweit die Einzahlung nicht stattgefunden hat, daß darauf weitere als die in der Anmeldung bezeichneten Beträge nicht rückständig sind.

A.D.H. Art. 215a Abs. 3. **Entw. I** §. 255. **Entw. II** §. 272.

§. 280.

I. **Verhältnis zu §. 277.** Der §. 280 ist nicht erschöpfend; soweit er und §. 286 keine Sonderbestimmungen enthalten, kommt §. 277 zur Anwendung; denn auch der Erhöhungsbeschluß ist ein Satzungsänderungsbeschluß (§. 278 Anm. I a).

II. **Anmeldung.** Vgl. §. 277 Anm. I. Verpflichtet zur Anmeldung bei dem Register des Sitzes der Gesellschaft sind — abweichend von der Regel bei Satzungsänderungs-Beschlüssen (§. 277 Anm. I b) — sämtliche Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Über den Ausschluß einer Erzwingung dieser Anmeldung durch Ordnungsstrafe (§. 319 Abs. 2) vgl. §. 175 Anm. III, §. 277 Anm. I c. Bei den Registern der außerhalb des Sitzes befindlichen Niederlassungen hat der Vorstand anzumelden (§. 286).

III. **Abzugebende Versicherung.** Entweder ist zu versichern, daß die auf das bisherige Grundkapital zu leistenden Einlagen bewirkt sind („das bisherige Grundkapital eingezahlt ist"; vgl. §. 278 Anm. VI a, c) oder, daß ein anzugebender Teil der auf das Grundkapital zu leistenden Einlagen bewirkt ist, und daß, soweit die Leistung nicht bewirkt ist, weitere als die in der Anmeldung zu bezeichnenden Beträge nicht rückständig sind. Der Gebrauch der Mehrzahl „Beträge" soll wohl andeuten, daß insoweit bezüglich einzelner Einlagen eine verschieden hohe Rückständigkeit besteht, dies im einzelnen anzugeben ist.

„Rückständig" umfaßt hier nicht nur den Fall der „Rückstände" des §. 278 Abs. 1 Satz 3. Vielmehr ist es hier nicht notwendig gleichbedeutend mit „fällig und nicht geleistet". Bei anderer Auslegung würde der Fall des §. 278 Abs. 1 Satz 2 (Versicherungsgesellschaften) unter keine der beiden in §. 280 Abs. 2 zugelassenen Möglichkeiten des Versicherungsinhalts zu bringen sein. Wenn aber der Fall des §. 278 Abs. 1 Satz 2 nicht in Frage kommt, muß auch bei der Versicherung des §. 280 Abs. 2 beachtet werden, daß als Rückstände nur bezeichnet werden darf was bereits „eingefordert" (§. 278 Anm. VI b 2) ist. Der Richter hat zu prüfen, ob die angegebenen Rückstände im Falle des §. 278 Abs. 1 Satz 3 erheblich sind (vgl. Denkschr. 156); dagegen sind die Thatsachen des Nichtvorhandenseins größerer Rückstände und die Thatsache des Eingefordertseins der betreffenden Beträge in der Regel nicht nachzuprüfen, vielmehr durch die Versicherung gedeckt (§. 195 Anm. I g). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt §. 313 Ziff. 3. — Die Versicherung braucht nicht abgegeben zu werden bei einer Erhöhung des Grundkapitals unter Gewährung der neu geschaffenen Anteile an eine A.G. oder K.A.G., welche hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die erhöhende Gesellschaft überträgt (§. 305 Abs. 1, §. 320 Abs. 3). — Bei Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen ist die Versicherung nicht abzugeben (§. 286 Anm. II b).

§. 281. **Zeichnung.**

Die Zeichnung der neuen Aktien geschieht mittelst Zeichnungsscheins. Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden; er hat außer den im §. 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben zu enthalten:

1. den Tag, an welchem der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals gefaßt ist;
2. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktien stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
3. die im §. 279 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Vorschriften des §. 189 Abs. 4, 5 finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß an die Stelle der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals tritt.

A.D.H. Art. 215b Abs. 1. **Entw. I** §. 256. **Entw. II** §. 273.

§. 281.

I. **Zeichnung.** Vgl. §. 189 Anm. II. — Über die Beziehung zwischen Zuteilung der Grundkapitalanteile und „Erfolgen" der Erhöhung des Grundkapitals vgl. §. 278 Anm. II f 1. Der §. 281 erwähnt ohne Beschränkung die Zeichnung „der" neuen Aktien, während §. 189 nur von Zeichnung der „übrigen" Aktien spricht. Man wird hiernach wohl annehmen müssen, daß bei Erhöhung des Grundkapitals auch der Nichtbar-Einleger zu zeichnen hat. Die Bestimmungen des §. 279 stehen nicht entgegen, da der Erhöhungsbeschluß als solcher die Gesellschaft nicht endgiltig bindet (§. 278 Anm. I a, §. 279 Anm. IV). Ebenso ist anzunehmen, daß der sein Bezugsrecht geltend Machende zeichnen muß (§. 282 Anm. II b). Die Gesellschaft selbst kann nicht Zeichner sein (M. 137). —

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des §. 281, insbesondere also die Notwendigkeit der Zeichnung, nur für den Sonderfall, daß die neugeschaffenen Anteilrechte an eine A.G. oder K.A.G. gewährt werden, die hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die erhöhende Gesellschaft überträgt (§. 305 Abs. 1, §. 320 Abs. 3).

II. **Zeichnungsschein.**

a. **Notwendigkeit.** Vgl. §. 189 Anm. III a.

b. **Inhalt.**

1. Übernahme-Erklärung (§. 281 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2). Vgl. §. 189 Anm. III b 1.
2. Tag des Erhöhungsbeschlusses (§. 281 Abs. 1 Ziff. 1). Vgl. §. 189 Anm. III b 2.
3. Ausgabebetrag und Betrag der festgesetzten Einzahlungen (§. 281 Abs. 1 Ziff. 2). Vgl. §. 189 Anm. III b 5. Der Zeichnungsschein muß klar erkennen lassen, ob der Zeichner sich zu einer Bareinlage oder zu einer Nichtbareinlage verpflichten will; ist die übernommene Gegenleistung weder eine Bareinlage, noch eine zulässige Nichtbareinlage, so ist der Zeichnungsschein nichtig (§. 195 Anm. IVa, R.G. XLII, 3).
4. Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals (§. 284) in das Handelsregister eingetragen ist (§. 281 Abs. 1 Ziff. 4). Vgl. §. 189 Anm. III b 6, §. 278 Anm. II f 1. Wird das Erfolgtsein der Erhöhung nicht rechtzeitig eingetragen, so haben wegen etwa eingezahlter Beträge die Einzahler ein Gläubigerrecht auf Rückgabe (vgl. Bolze Bd. 22 Nr. 514, Pinner Anm. II; dagegen nach früherem Recht R.O.H. XXII, 219).
5. Falls Nichtbareinlagen oder Übernahmen von Vermögensgegenständen unter Anrechnung der Vergütung auf die Einlage vereinbart sind, die in §. 279 vorgesehenen Festsetzungen (§. 281 Abs. 1 Ziff. 3). Vgl. §. 189 Anm. III b 7, §. 279 Anm. II.
6. Falls verschiedene Gattungen von Anteilrechten (§. 185 Anm. I) neu ausgegeben werden sollen, der Gesamtbetrag der auf jede Gattung entfallenden Grundkapitalanteile (§. 281 Abs. 1 Ziff. 3). Vgl. §. 189 Anm. III b 8.
7. Etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen. Über die Notwendigkeit einer Angabe derselben vgl. §. 189 Anm. III b 9.

c. **Verstoß gegen Inhaltsvorschriften** (§. 281 Abs. 2). Vgl. §. 189 Anm. III c, §. 278 Anm. II f 1.

d. **Heilung eines Verstoßes gegen Inhaltsvorschriften oder einer Überschreitung des Zeitraums der Gebundenheit** (§. 281 Abs. 2). Vgl. §. 189 Anm. III d, §. 278 Anm. II f 1. — Abweichend für früheres Recht R.G. XLII, 5.

Bezugsrecht der Aktionäre. §. 282.

Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Antheil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Theil der neuen Aktien zugetheilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein Anderes bestimmt ist.

Der Betrag, zu welchem die neuen Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, ist von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. In

der Veröffentlichung kann eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmt werden; die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 257. **Entw. II** §. 274.

§. 282.

I. **Entziehungs- oder Beschränkungsbeschluß.** Der Erhöhungsbeschluß kann das Bezugsrecht entziehen oder beschränken. Erst wenn dies nicht geschieht, wird das bis dahin hierdurch bedingte Bezugsrecht zu einem von jener Bedingung unabhängigen Sonderrecht des Aktionärs (§. 250 Anm. III c 7). Der Entziehungs- oder Beschränkungsbeschluß ist untrennbarer Teil des Erhöhungsbeschlusses („in dem Beschluß"), bedarf daher derselben Mehrheiten wie letzterer (dagegen Pinner Anm. I, welcher einfache Stimmenmehrheit entscheiden läßt). Er darf auch nicht das anderweite Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§. 250 Anm. III c 4) verletzen. Ist im Erhöhungsbeschluß keine Entziehung oder Beschränkung enthalten, so kann eine solche nicht durch spätere Änderung des Erhöhungsbeschlusses erfolgen, da hierin eine Verletzung des nunmehr unbedingt gewordenen Sonderrechts liegen würde; doch steht nichts im Wege, das ganze bisherige Erhöhungsverfahren unerledigt zu lassen, dasselbe ganz von neuem zu beginnen und in den nunmehrigen neuen Erhöhungsbeschluß eine Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts aufzunehmen. Eine Beschränkung oder Entziehung des Bezugsrechts im Erhöhungsbeschluß ist selbst dann zulässig, wenn die Satzung den jeweiligen Aktionären ausdrücklich ein Bezugsrecht einräumte (für früheres Recht Holdheim Ztschr. 1898 S. 123), denn jene frühere Zusicherung war der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§. 283 Abs. 2). — Eine wirksame Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts liegt auch in einer gemäß §. 279 (gleichfalls im Erhöhungsbeschluß) vorgenommenen anderweiten Verfügung über die neuen Grundkapitalanteile durch Zuweisung derselben an einen Nichtbareinleger oder an einen Überlasser von Vermögensgegenständen. — Kein Bezugsrecht besteht, wie ausdrücklich anerkannt (§. 305, §. 320 Abs. 3), insbesondere bei Erwerb des Vermögens einer A.G. oder K.A.G. als Ganzes gegen Gewährung neuer, unter Erhöhung des Grundkapitals geschaffener Anteilrechte.

II. **Inhalt des nicht entzogenen oder beschränkten Bezugsrechts.**

a. **Bezugsberechtigter** ist jeder Aktionär (§. 211 Anm. I a, §. 254 Anm. I a). Hierunter ist derjenige zu verstehen, der während der Ausübungsfrist (unten Anm. IV) Aktionär ist (vgl. jedoch §. 218 Anm. V, §. 276 Anm. IV b 2), und von mehreren während dieser Frist bezüglich des betreffenden Anteilrechts Berechtigten der zuerst das Verlangen Stellende. Mit der Stellung des Verlangens löst sich aber das für den betreffenden Fall geltendgemachte Recht von dem Anteilrecht los. Derjenige, welcher das Verlangen gestellt hat, bleibt persönlich berechtigt aus dieser Geltendmachung. Sein Verhältnis ähnelt demjenigen des Inhabers eines abgetrennten Gewinnanteilscheins, wobei das „Erfolgen" der Erhöhung dem Feststellen des Reingewinns entspricht (vgl. §. 185 Anm. II a, §. 213 Anm. II c). Über den Nachweis der Eigenschaft als Aktionär vgl. §. 252 Anm. II.

b. **„Auf sein Verlangen."** Das Bezugsrecht besteht nur darin, daß den Aktionären das Recht zum Erwerbe neuer Anteilrechte eingeräumt wird. Die nachträgliche Auferlegung einer Verpflichtung zum Erwerb neuer Anteilrechte würde den Sonderrechten widersprechen (§. 250 Anm. III c 9). Über die Frage, ob die Auferlegung einer solchen Verpflichtung nach öffentlichem Recht zulässig ist, vgl. §. 212 Anm. III. Eine bestimmte Form ist für das „Verlangen" nicht vorgeschrieben. Aus §. 281 ist jedoch wohl abzuleiten, daß die Ausstellung eines Zeichnungsscheines hinzukommen muß

(vgl. §. 281 Anm. I, §. 284 Abs. 2 Ziff. 1). Nimmt man dies an, so ergeben sich allerdings viele Zweifel über hiermit zusammenhängende Einzelheiten.

c. **Umfang des Bezugsrechts.** Jedem Aktionär muß ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Grundkapitalanteile zugeteilt werden. Der Teil ist zu berechnen unter der Voraussetzung, daß alle Bezugsrechte ausgeübt würden. Soweit Bezugsrechte nicht ausgeübt werden, findet nicht etwa von neuem eine Verteilung der nicht bezogenen Grundkapitalanteile unter die beziehenden Aktionäre statt, sondern die nicht bezogenen Anteile werden für die Gesellschaft zu beliebiger Zuteilung frei. Die bisherigen Anteilrechte zählen nur in Höhe ihrer Grundkapitalanteile, ohne Rücksicht darauf, ob sie etwa zu verschiedenen Aktiengattungen gehören. Ergiebt sich bei der anzustellenden Verteilungsberechnung, daß auf bisherige Anteilrechte Bruchteile von neuen Grundkapitalanteilen entfallen, so wird die Gesellschaft die nicht ohne Bruch teilbare Zahl von Grundkapitalanteilen in der Weise zuzuteilen haben, daß sie je einen Grundkapitalanteil mehreren Bezugsberechtigten als Mitberechtigten zu entsprechenden Anteilen zuteilt. Den mehreren Personen, für welche auf diese Weise eine Mitberechtigung (§. 225) an dem neuen Anteilrecht entsteht, bleibt überlassen, sich wegen desselben nach den Grundsätzen über eine Gemeinschaft nach Bruchteilen auseinanderzusetzen.

d. **Bezugsbetrag** (Bezugspreis). Vgl. §. 278 Anm. VIII c.

III. **Bekanntmachung des Bezugsbetrages.** Die Veröffentlichung des Bezugsbetrages (§. 278 Anm. VIII c) ist von dem Vorstand (§. 234 Anm. I c) zu bewirken. Sie hat in der durch Satzung für alle Bekanntmachungen festgesetzten Form (§. 182 Anm. IV b 7) in den Gesellschaftsblättern (§. 219 Abs. 2) zu erfolgen.

IV. **Ausübungsfrist.** Der Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) steht frei, ob sie eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmen will. Die Fristsetzung ist in der Regel in die Bekanntmachung des Bezugsbetrages (oben Anm. III) aufzunehmen. Für zulässig zu erachten ist auch die Bestimmung einer Frist durch nachträgliche Bekanntmachung. Wird eine Frist bestimmt, so muß sie mindestens zwei Wochen (B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2; vgl. H.G.B. §. 255 Anm. II) betragen. Im Falle der Auflegung zur öffentlichen Zeichnung kann die für die Aktionäre bestimmte Bekanntmachung auch noch gleichzeitig mit dem Beginne der Zeichnung geschehen; die letztere darf dann aber für die Aktionäre nicht vor dem Ablauf der Ausübungsfrist geschlossen werden (Denkschr. 157). Der Ablauf der Ausübungsfrist hat nur die Zulässigkeit der Zurückweisung einer verspäteten Geltendmachung zur Folge (Denkschr. 157).

V. **Verletzung des Bezugsrechts.**

a. **Im Erhöhungsbeschluß.** Der Erhöhungsbeschluß kann, da er das bedingte Bezugsrecht beschränken oder entziehen kann (oben Anm. I), eine Verletzung dieses Bezugsrechts als solchen nicht enthalten, wohl aber die Verletzung anderer Sonderrechte oder Gesamtrechte (vgl. z. B. §. 250 Anm. III c 4). Insoweit dies der Fall, kommen die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen rechtsverletzende Beschlüsse (§§. 271 ff., §. 273 Anm. II b 4, Anm. V) in Betracht.

b. **Bei Zuteilung oder in dem hierzu führenden Verfahren.** Derartige Verletzungen bewirken nicht die Ungiltigkeit einer anderweit erfolgten Zuteilung und unterliegen nicht der Prüfung des Registergerichts, können vielmehr nur Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft, unter Umständen auch gegen beteiligte Gesellschaftsbeamte (§. 241 Anm. IV c, §. 249 Anm. IV) erzeugen (Pinner Anm. III). Sind die Anteilrechte thatsächlich bereits anderweit zugeteilt worden, so wird der bereits entstandene Schadensersatzanspruch nicht durch nachträgliches Angebot der Zuteilung an die Bezugsberechtigten wieder hinfällig (Bolze Bd. 12 Nr. 508). Im einzelnen gestalten sich die Rechtsbehelfe zum Teil verschieden, je nachdem die Verletzung vor oder nach Loslösung des Bezugsrechts vom bisherigen Anteilrecht (oben

Anm. IIa) geschehen ist, da im ersteren Fall die Verletzung eines Sonderrechts (§. 250 Anm. IIIa), im letzteren Fall die Verletzung eines Gläubigerrechts (§. 250 Anm. IV) in Frage steht.

§. 283. **Zusicherung von Bezugsrechten.**

Eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien kann nur unter Vorbehalt des im §. 282 bezeichneten Rechtes der Aktionäre erfolgen.

Eine Zusicherung, die vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals geschieht, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

A.D.H. Art. 215a Abs. 4. **Entw. I** §. 258. **Entw. II** §. 275.

§. 283.

I. **Zusicherung vor Erhöhungsbeschluß.** Die Zusicherung eines Bezugsrechts, auch wenn sie mit Vorbehalt des Bezugsrechts der Aktionäre gegeben ist, darf frühestens gleichzeitig mit dem Erhöhungsbeschluß erfolgen. Eine früher erfolgte Zusicherung ist unwirksam. Da §. 283 überhaupt nur von Zusicherung seitens der Gesellschaft handelt (unten Anm. IIa), und da die Worte „der Gesellschaft gegenüber" in dem Sinne von „sowohl zu Gunsten wie zum Nachteil der Gesellschaft" zu verstehen sind (§. 186 Anm. VI, §. 235 Anm. IIIc 1), so haben diese Worte in §. 283 Abs. 2 wohl keine besondere Bedeutung und sind nur zur größeren Verdeutlichung hinzugefügt.

II. **Zusicherung bei oder nach Erhöhungsbeschluß.**

a. **Zusicherer** ist die Gesellschaft. In der Regel wird nur eine vertragsmäßige (Denkschr. 157) Zusicherung in Betracht kommen. Die Gesellschaft wird daher hierbei vertreten durch ihre gewöhnlichen Vertreter. Über Zusicherungen im Erhöhungsbeschluß (z. B. an Nichtbareinleger oder Überlasser) vgl. unten Anm. IId. — Unter §. 283 fällt nicht die persönliche Übernahme der Verpflichtung, das Bezugsrecht zu Gunsten eines anderen auszuüben (R.G. v. 21. April 1899 J.W. 342).

b. **Zusicherungsempfänger** können sowohl Aktionäre wie Dritte sein; erstere insbesondere bezüglich desjenigen Teiles der neuen Grundkapitalanteile, welcher größer ist, als der ihrem bisherigen Anteil am Grundkapital entsprechende Teil.

c. **Das zugesicherte Recht** kann nur bestehen in dem Anspruch auf Bezug gegen entsprechende Einlage (§. 195 Anm. IVa, §. 284 Abs. 3). Über die Höhe des Bezugsbetrages vgl. §. 278 Anm. VIIIc.

d. **Notwendiger Vorbehalt.** Die Zusicherung kann nur unter Vorbehalt des Bezugsrechts der Aktionäre (§. 282) erfolgen. Im Zweifel ist dieser Vorbehalt als gewollt zu ergänzen (vgl. B.G. §. 140). Steht jedoch fest, daß der Vorbehalt nicht gewollt ist, so ist die Zusicherung nichtig („kann"). — Die Notwendigkeit des Vorbehalts besteht nicht bezüglich einer im Erhöhungsbeschluß enthaltenen Zusicherung, soweit eine solche überhaupt mit Wirkung nach außen vorkommen kann (§. 250 Anm. Vc), da in dem Mangel eines solchen Vorbehalts die im Erhöhungsbeschluß zulässige (§. 282 Anm. I) Entziehung oder Beschränkung des Bezugsrechts der Aktionäre liegt (Pinner Anm. II 2). Insbesondere auch nicht bezüglich einer Zusicherung von Anteilrechten an eine A.G. oder K.A.G., welche hiergegen ihr Vermögen als Ganzes an die zusichernde Gesellschaft überträgt (§. 305, §. 320 Abs. 3).

III. **Vor Inkrafttreten des H.G.B. erteilte Zusicherungen.** Die Bestimmungen der §§. 282, 283 Abs. 1 H.G.B. sind neu aufgenommen. Nach Art. 28 E.G. z. H.G.B. ist, um einer nicht beabsichtigten Auslegung vorzubeugen, bestimmt, daß der §. 283 Abs. 1, wonach bei Zusicherung von Bezugsrechten das in §. 282 neu bestimmte Bezugsrecht

der Aktionäre vorbehalten werden muß, nicht auf die vor dem Inkrafttreten des H.G.B. erteilten Zusicherungen Anwendung zu finden habe. — Unberührt bleibt die bisherige Streitfrage, ob und inwieweit die Bestimmung des bisherigen, durch Ges. v. 18. Juli 1884 neu aufgenommenen Art. 215a Abs. 4 A.D.H. (jetzt §. 283 Abs. 2 H.G.B.) auf die vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 18. Juli 1884 zugesicherten Bezugsrechte anwendbar ist. Die Anwendbarkeit wurde verneint in K.B. 16 und demnächst für alle Arten von Bezugsrechten in ständiger Rechtsprechung (R.G. XXVII, 2, XXVIII, 79, XLII, 103, Bolze Bd. 13 Nr. 506); für Bejahung der Anwendbarkeit Staub Art. 215a §. 10, Ring Art. 215a Anm. 11; vgl. Pinner §. 283 Anm. III. — Durch Einführung des A.D.H. und insbesondere dessen Art. 180 (entsprechend jetzt §. 186 Abs. 1) sind nicht die bereits vorher begründeten Bezugsrechte beseitigt worden (R.O.H. XVII, 146).

§. 284.

Anmeldung des Erfolgtseins. Bekanntmachung.

Die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Mitgliedern des Vorstandes unterschriebenes Verzeichniß der Zeichner, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
2. im Falle des §. 279 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind;
3. eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten;
4. wenn die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des §. 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

Die Vorschriften des §. 195 Abs. 3 finden Anwendung.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, ist auch der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, aufzunehmen.

A.D.H. Art. 215b Abs. 2. **Entw. I** §. 259 Abs. 1—4. **Entw. II** §. 276.

§. 284.

I. **Erfolgte Erhöhung des Grundkapitals.**

a. **Begriff.** Vgl. §. 278 Anm. Ib, IIa—e. Über die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen der §§. 274—277 auf das Erfolgen der Erhöhung vgl. §. 278 Anm. Ib. Verbindung von Erhöhung mit Herabsetzung vgl. §. 278 Anm. IV.

b. **Zeitpunkt.** Vgl. §. 278 Anm. IIf 1. Bei Festsetzung nur eines Höchstbetrages der Erhöhung im Erhöhungsbeschluß vgl. §. 278 Anm. III.

II. **Anmeldung.** Über die Anmeldung bei den Registern von Zweigniederlassungen vgl. auch §. 286. Über das Verhältnis der Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung zu der Anmeldung einer etwa beschlossenen entsprechenden Fassungsänderung der Satzung vgl. §. 278 Anm. Ic.

a. **Zuständiges Gericht.** Die Anmeldung hat sowohl bei dem Registergericht des Sitzes wie auch bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen zu erfolgen (§. 13 Abs. 1, §. 201 Anm. II, §. 286). Für die Anmeldung bei den letzteren Gerichten gelten aber Besonderheiten (§. 286).

b. **Anmelder.** Vgl. §. 280 Anm. II. Bei den Registern der außerhalb des Sitzes befindlichen Niederlassungen hat der Vorstand anzumelden (§. 286).

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafe.** Hierüber bestimmt §. 319 Abs. 2. Vgl. §. 175 Anm. III, §. 277 Anm. Ic.

d. **Form** der Anmeldung. Vgl. §. 12 Anm. I, §. 195 Anm. Id.

e. **Inhalt** der Anmeldung. Die nachstehend zu 2 und wohl auch die zu 3 erwähnte Erklärung ist nicht erforderlich für die Anmeldung bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen (§. 286 Anm. IIb).

1. Erklärung, daß die Erhöhung des Grundkapitals erfolgt sei (§. 284 Abs. 1).

2. Erklärung, „daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist“ (§. 284 Abs. 3, §. 195 Abs. 3 Satz 1). Vgl. §. 195 Anm. Ie 2, IV. Der bar eingezahlte Betrag muß mindestens ein Viertel des Nennbetrages der Grundkapitalanteile und das volle Aufgeld umfassen (§. 284 Abs. 3, §. 195 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben bestimmt §. 313 Ziff. 3. — Die Versicherung wäre gegenstandslos und braucht daher nach ausdrücklicher Vorschrift (§. 305 Abs. 1, §. 320 Abs. 3) nicht abgegeben zu werden im Fall der Übernahme des Vermögens einer A.G. oder K.A.G. als Ganzes gegen Gewährung der neuen Anteilrechte, auf welche sich die Erhöhung bezieht.

3. Angabe des Ausgabebetrages (§. 278 Anm. VIIIc; vgl. §. 282 Anm. III) und des auf diesen Ausgabebetrag (also: auf die „Kapitaleinlage“, §. 184 Anm. I) bar eingezahlten Betrages (§. 284 Abs. 3, §. 195 Abs. 3 Satz 2). Vgl. §. 195 Anm. Ie 3. Da „Ausgabebetrag“ gleichbedeutend ist mit Höhe des Kapitaleinlage-Versprechens (§. 184 Anm. I), so ist hierunter selbstverständlich nur der Betrag verstanden, zu dem für Rechnung der Gesellschaft die „Aktien ausgegeben“ werden (Denkschr. 159). Der angegebene Ausgabebetrag ist bei Bekanntmachung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals mit zu veröffentlichen (unten Anm. IV). Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angabe bestimmt §. 313 Ziff. 3.

f. **Beizufügende Urkunden** (§. 284 Abs. 2). Dies gilt nur für die Anmeldung zum Register des Sitzes (§. 286).

1. Die Doppel der Zeichnungsscheine (§. 281 Anm. II) und ein von den Mitgliedern des Vorstandes (d. h. denjenigen Mitgliedern, welche zur Zeit der Anmeldung Vorstandsmitglieder sind, §. 234 Anm. Ic) unterschriebenes Verzeichnis der Zeichner (vgl. §. 281 Anm. I), welches die auf jeden entfallenen Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III), sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen (§. 284 Abs. 3, §. 195 Anm. IV) angiebt; §. 284 Abs. 2 Ziff. 1. Vgl. §. 195 Anm. If 7. — Werden die neugeschaffenen Anteilrechte an eine A.G. oder K.A.G. gewährt, die hiergegen ihr Vermögen als Ganzes überträgt, so ist eine Zeichnung dieser Anteilrechte nicht notwendig, und es sind daher in diesem Falle

weder Zeichnungsscheine noch Zeichnerverzeichnis zu überreichen (§. 305 Abs. 1, §. 320 Abs. 3).

2. Falls eine Nichtbareinlage oder eine Übernahme von Vermögensgegenständen gegen Anrechnung der Vergütung auf die Einlage erfolgt (§. 279), die Verträge, welche den hierüber gemäß §. 279 in den Erhöhungsbeschluß aufzunehmenden Festsetzungen „zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind"; §. 284 Abs. 2 Ziff. 2. Vgl. §. 195 Anm. If 4.

3. Berechnung der Kosten, welche für die Gesellschaft durch die „Ausgabe der neuen Aktien" entstehen; §. 284 Abs. 2 Ziff. 3. Vgl. §. 195 Anm. If 6. Die Worte „für die Gesellschaft" entsprechen den Worten „zu Lasten der Gesellschaft" in §. 186 Abs. 3. „Ausgabe neuer Aktien" bedeutet hier Zuteilung neuer Grundkapitalanteile (vgl. §. 241 Anm. IIIc 4), und dies ist ausdehnend auszulegen als Schaffung und Unterbringung der neuen Anteilrechte. Welche einzelne Arten von Kosten als „durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehend" anzusehen, vgl. §. 262 Anm. IIb 2. Man wird nicht verlangen können, daß mit der Anmeldung der erfolgten Erhöhung so lange gewartet werde, bis der Betrag der Kosten endgiltig genau feststeht. Man denke z. B. an die Möglichkeit eines Rechtsstreits über die Höhe der zu entrichtenden Steuer (§. 262 Anm. IIb 1; vgl. auch §. 186 Anm. V). Soweit die Kosten noch nicht endgiltig feststehen, muß daher die Einreichung eines Anschlages oder die sonstige Mitteilung der für ihre Schätzung in Betracht kommenden Thatsachen genügen (ebenso Esser Anm. 3). Abweichend von §. 195 Abs. 2 Ziff. 2 ist in §. 284 Abs. 2 Ziff. 3 nicht ausdrücklich verlangt, daß die Kosten „nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind". Soweit eine derartige genaue Bezeichnung einzelner Posten nicht bereits durch die Notwendigkeit der Vorlegung einer „Berechnung" erforderlich ist, wird daher bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals eine Angabe jener Einzelheiten nicht verlangt werden können.

4. Falls mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Erhöhung des Grundkapitals nur mit staatlicher Genehmigung zulässig ist, die Genehmigungsurkunde; §. 284 Abs. 2 Ziff. 4. Vgl. §. 195 Anm. If 12.

5. In den Fällen des §. 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde; §. 284 Abs. 2 Ziff. 4. Vgl. § 195 Anm. If 13. Die Worte „in den Fällen des §. 180 Abs. 2" sind wohl beschränkend dahin auszulegen, daß nur, wenn von neuem Kleinaktien ausgegeben werden sollen, die Genehmigung des Bundesrats, und mithin die Vorlegung einer Genehmigungsurkunde, erforderlich ist (ebenso Esser §. 180 Anm. 2). Über den Fall einer Satzungsänderung in anderer Beziehung als durch Erhöhung des Grundkapitals, wenn früher Bundesratsgenehmigung zur Ausgabe von Kleinaktien erfolgt war, vgl. §. 275 Anm. IId, §. 277 Anm. If 3.

g. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. §. 12 Anm. II. §. 195 Anm. Ig.

III. **Eintragung.** Sie wirkt nur erklärend (§. 15 Anm. IIIA); der §. 277 Abs. 3 ist nicht anwendbar (§. 278 Anm. Ib).

IV. **Bekanntmachung.** Die erfolgte Erhöhung ist einzutragen (§ 284 Abs. 1 „zur Eintragung") und infolgedessen nach Eintragung auch bekannt zu machen (§. 10). Daß erst gleichzeitig mit der erfolgten Erhöhung (§. 284 Abs. 5), und nicht bereits gleichzeitig mit dem Erhöhungsbeschluß der Ausgabebetrag bekannt gemacht werden soll, hat darin seinen Grund, daß diese Bekanntmachung nicht zu Gunsten der Zeichner erfolgt (welche ohnedies durch den Inhalt des Zeichnungsscheins den für sie maßgebenden Ausgabebetrag erfahren, §. 281 Abs. 1 Ziff. 2), sondern daß die Bekanntmachung denjenigen Kenntnis verschaffen soll, welche die Anteilrechte demnächst von den ersten Zeichnern er-

werden (vgl. §. 199 Anm. II b 2, Denkschr. 159). — Über die Bekanntmachungen der Registergerichte der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen vgl. §. 286 Anm. III.

§. 285.

Verbindung beider Anmeldungen und Eintragungen.

Die Anmeldung und Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals kann mit der Anmeldung und Eintragung des Beschlusses über die Erhöhung verbunden werden.

A.D.H. — **Entw. I** §. 259 Abs. 5. **Entw. II** §. 277.

§. 285.

Dem Ermessen der Anmelder bleibt überlassen, ob sie beide Anmeldungen miteinander verbinden wollen oder nicht. Erfolgt eine Verbindung, so muß die gemeinsame Anmeldung den Erfordernissen sowohl des §. 280 wie auch denen des §. 284 entsprechen. Die Denkschr. 158 bemerkt (vgl. § 277 Anm. IV): „Mit der Vorschrift des §. 277 Abs. 3, wonach eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vor der Eintragung in das Handelsregister keine Wirkung mehr hat, steht es nicht im Widerspruch, daß gegebenenfalls an den Erhöhungsbeschluß gewisse Folgen, insbesondere die Annahme der Zeichnungen und der ersten Einzahlungen, schon vor der Eintragung geknüpft sind; denn diese Rechtshandlungen setzen nicht notwendig die vorgängige Änderung des Gesellschaftsvertrages voraus, sie geschehen vielmehr umgekehrt in der Voraussetzung des demnächstigen Eintritts der Rechtswirksamkeit dieser Änderung. Die Zulässigkeit solcher vorbereitender Maßnahmen oder Beschlüsse ist auch in anderen Fällen nicht davon abhängig, daß die Abänderung des Gesellschaftsvertrags, mit der sie im Zusammenhange stehen, bereits in das Handelsregister eingetragen ist. Bei der Aktienzeichnung behufs einer Erhöhung des Grundkapitals ist das Verhältnis kein anderes als bei der Aktienzeichnung behufs Errichtung der Gesellschaft."

§. 286.

Zweigniederlassung.

Bei einem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung hat, sind die in den §§. 280, 284 bezeichneten Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu bewirken. Die Vorschrift des §. 284 Abs. 5 findet Anwendung; die Vorschriften des §. 280 Abs. 2 und des §. 284 Abs. 2 bis 4 bleiben außer Anwendung.

A.D.H. Art. 215a Abs. 3 Satz 3, Art. 215b Abs. 2 Satz 2. **Entw. I** §. 260. **Entw. II** §. 278.

§. 286.

I. **Zweigniederlassung.** Vgl. §. 201 Anm. II.

II. **Anmeldung** des Erhöhungsbeschlusses und der erfolgten Erhöhung. Die §§. 280, 284, 285 sind anwendbar (§. 13), jedoch mit folgenden Abweichungen:

a. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand, d. h. die Behörde (§. 234 Anm. I c). Dies stimmt mit der Regel der Anmeldung von Satzungsänderungen (§. 277 Anm. I b) überein, weicht jedoch ab von der Vorschrift, wonach im Sonderfalle des Erhöhungsbeschlusses und ferner auch bei Anmeldung der erfolgten Erhöhung sämtliche Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats anzumelden haben (§. 280 Anm. II, §. 284 Anm. II b).

b. **Abgabe von Versicherungen über Einzahlung** ist nicht erforderlich. In Betracht kommen die Versicherungen über Einzahlung der bisherigen Kapitaleinlagen (§. 280

Anm. III) und die Erklärung über Einzahlung der auf die **neuen** Grundkapitalanteile eingeforderten Beträge (§. 284 Anm. II e 2). Ebensowenig ist eine Angabe des Ausgabebetrages (§. 284 Anm. II e 3) erforderlich (§. 286 Satz 2 Halbs. 2, §. 284 Abs. 3, §. 195 Abs. 3 Satz 2; ebenso Esser Anm.; vgl. unten Anm. III).

c. **Beifügung der Urkunden**, die §. 284 Abs. 2 aufzählt, ist nicht erforderlich (§. 286 Satz 2 Halbs. 2).

d. **Erzwingung durch Ordnungsstrafe** kann erst stattfinden, wenn die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bezw. der erfolgten Erhöhung bei dem Gericht des Sitzes stattgefunden hat (§. 319 Abs. 2, §. 175 Anm. III).

III. **Bekanntmachung.** Außer dem Inhalt der Eintragung (§. 10) ist der Ausgabebetrag der neuen Anteilrechte zu veröffentlichen (§. 286 Satz 2 Halbs. 1, §. 284 Abs. 5). Nicht dieser Ausgabebetrag, vielmehr nur der Mindestausgabebetrag (§. 278 Anm. VIII c) ergiebt sich aus dem Erhöhungsbeschluß, dessen Wortlaut aus dem zu überreichenden Protokoll (§. 259 Abs. 5) hervorgeht. Wird gegenüber dem Registergericht der Zweigniederlassung der Ausgabebetrag nicht freiwillig (oben Anm. II b) angegeben, so wird das Gericht sich hiernach von Amts wegen bei dem Registergericht des Sitzes erkundigen müssen; der §. 201 Abs. 4 ist nicht für entsprechend anwendbar auf den Fall der Erhöhung erklärt; mithin ist auch nicht die Notwendigkeit der Überreichung eines Exemplars der vom Registergericht des Sitzes erlassenen Bekanntmachung ausgesprochen.

§. 287.

Beschränkungen vor Eintragung des Erfolgtseins.

Bevor die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine auf das zu erhöhende Kapital nicht ausgegeben werden.

Die Antheilsrechte an dem zu erhöhenden Kapitale können vor diesem Zeitpunkte mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen werden.

A.D.H. Art. 215c Abs. 3 Satz 2. **Entw. I** §. 261. **Entw. II** §. 279.

§. 287.

I. **Verbot der Ausgabe von Mitgliedscheinen vor Eintragung der erfolgten Erhöhung.** Vgl. §. 200 Anm. IV. Handlungen, durch welche dies Verbot übertreten wird, sind nichtig („können nicht"; Denkschr. 159). Hierin liegt eine Abweichung von dem bisherigen Art. 215 c Abs. 3 A.D.H. (R.G. XL, 148). Die in Übertretung des Verbots ausgegebenen Urkunden sind nichtig (Denkschr. 159) nach dem entsprechend anzuwendenden §. 209 Abs. 2. Auch bezüglich der Schadensersatzpflicht der Ausgeber wird §. 209 entsprechend anzuwenden sein (dagegen Pinner Anm. III 3). — Das wissentliche Übertreten des Verbots ist mit Strafe bedroht (§. 314 Ziff. 3).

II. **Verbot der Übertragung von Anteilrechten vor Eintragung der erfolgten Erhöhung.** Vgl. §. 200 Anm. III.

III. Herabsetzung des Grundkapitals (§§. 288—291).

Herabsetzungsbeschluß. §. 288.

Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Durch den Beschluß muß zugleich festgesetzt werden, zu welchem Zwecke die Herabsetzung stattfindet, insbesondere, ob sie zur theilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt, und in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des Abs. 1 und des §. 275 Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

A.D.H. Art. 248 Abs. 1. **Entw. I** §. 262. **Entw. II** §. 280.

§. 288.

I. **Herabsetzung des Grundkapitals.**

a. **Herabsetzungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß.** Vgl. §. 278 Anm. I. Über Herabsetzungsbeschlüsse mit Angabe nur eines Höchstbetrages der Herabsetzung vgl. §. 278 Anm. III. Über Verbindung eines Herabsetzungsbeschlusses mit einem Erhöhungsbeschluß vgl. §. 278 Anm. IV. — Bei der Herabsetzung kann überhaupt nur in dem Falle, wenn sie im Zusammenhange mit Verminderung der Zahl von Anteilrechten erfolgt, die Frage auftauchen, ob etwa hierdurch die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft eine andere werde; aber auch für diesen Fall ist dies zu verneinen (vgl. R.O.H. XXIV, 246) wie für den entsprechenden Fall der Erhöhung (§. 278 Anm. Vc).

b. **Verhältnis des Herabsetzungsbeschlusses zum „Erfolgen" der Herabsetzung.** Vgl. §. 278 Anm. Ib, II.

c. **Grundkapital.** Vgl. §. 178 Anm. IIa, §. 278 Anm. IIb.

II. **Zweck der Herabsetzung.** Als Beispiele sind im Gesetz erwähnt die teilweise Rückzahlung von Grundvermögen an die Aktionäre (§. 288 Abs. 2) und die Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen (§. 289 Abs. 4). Sonst können insbesondere noch in Betracht kommen die Beseitigung einer Unterbilanz oder die Umwandlung eines Teiles des Grundkapitals in einen der freien Verfügung unterliegenden Reservefonds (Denkschr. 160). Die Denkschr. 160 bezeichnet ferner „die Amortisation eines Teiles der Aktien" als einen der Rückzahlung von Grundvermögen gleichstehenden Zweck (für früheres Recht vgl. R.O.H. XVIII, 426). Die Einziehung als solche kann jedoch nie Zweck einer Herabsetzung sein; wird eine Einziehung in Zusammenhang mit einer Herabsetzung beschlossen, so ist Zweck der letzteren nur die Verfügbarmachung eines Teiles des bisher gebundenen Grundvermögens und unter Umständen die hierdurch ermöglichte Abfindung derjenigen Anteilberechtigten, deren Anteilrechte eingezogen werden sollen; die Einziehung als solche gehört nicht zu den Zwecken, sondern zur „Weise der Ausführung". Ebenso wie Rückzahlung in bar, kann auch eine Rückgewähr anderer zu unverteilbarem Gesellschaftsvermögen gehöriger Vermögensgegenstände bezweckt sein (Simon, Bilanzen S. 215). Ebenso wie Zahlung an Aktionäre, auch eine Zahlung an Dritte. Auch braucht an sich nicht notwendig gleichmäßige Rückzahlung an jeden Aktionär bezweckt zu sein (R.O.H. XVIII, 432; vgl. jedoch §. 250 Anm. IIIc 4). Im Einzelfall können auch mehrere Zwecke mit einander verbunden werden (Pinner Anm. III 4).

III. **Ausführungsweise.** Unter den Begriff einer „Ausführung" des Herabsetzungsbeschlusses ist in §. 290 auch die Zusammenlegung von Anteilrechten gebracht. Hiernach ist anzunehmen, daß nach der Ausdrucksweise des Gesetzes jede Art der Herstellung der äußeren Übereinstimmung des Gesamtbetrages der einzelnen Grundkapitalanteile

mit dem geänderten Betrage des Grundkapitals unter den Begriff der „Ausführung" fallen soll. Andererseits soll dies den Begriff wohl nicht erschöpfen. Die Denkschr. 160 bemerkt in dieser Beziehung nur: „Außerdem muß der Beschluß ebenso wie nach dem geltenden Rechte Bestimmung darüber treffen, wie die Herabsetzung auszuführen ist, namentlich ob eine Verminderung des Nennbetrags oder der Zahl der Aktien eintreten und ob dies im Wege einer Zusammenlegung, Umtauschung, Abstempelung u. s. w. der Aktien bewerkstelligt werden soll."

a. **Maßregeln behufs Herstellung der äußeren Übereinstimmung des Gesamtbetrages der einzelnen Grundkapitalanteile mit dem geänderten Betrage des Grundkapitals.** Daß hierin in Wahrheit nicht eine Ausführung des Herabsetzungsbeschlusses, sondern eine nur im Zusammenhang mit ihm stehende, aber selbständige Maßregel liegt, und daß eine solche Zusammenhangsmaßregel nicht unbedingt notwendig jeden Herabsetzungsbeschluß begleiten muß, ist in §. 278 Anm. II c auszuführen versucht. Folgende Arten derartiger im Zusammenhange mit dem Herabsetzungsbeschluß stehender Maßregeln können einzeln oder in Verbindung miteinander vorkommen:

1. Verminderung des (Nenn-)Betrages von Grundkapitalanteilen. Sie ist nur zulässig unter Einhaltung der Vorschriften des §. 180 über den Mindestnennbetrag (Denkschr. 160; wegen der vor Ges. v. 1884 zugeteilten Grundkapitalanteile vgl. Art. 24 E.G.z.H.G.B.). In der Regel kann daher nur auf 1000 Mk. heruntergegangen werden; auf einen geringeren Betrag nur, falls die Voraussetzungen des §. 180 Abs. 2 oder 3 entweder bereits vorliegen oder nunmehr geschaffen werden. Es besteht kein Sonderrecht auf Beibehaltung des bisherigen Nennbetrages (§. 250 Anm. III c 2, §. 290 Anm. II c 2); wohl aber ein Recht auf Nichtbenachteiligung gegenüber anderen Aktionären gleichen Rechts (§. 250 Anm. III c 4). — Behufs Erzwingung der Einreichung der Mitgliedscheine in diesem Fall sind wohl die Vorschriften des §. 290, auch insoweit sie nicht unmittelbar anwendbar, für entsprechend anwendbar zu erachten (§. 290 Anm. II d).
2. Einziehung von Anteilrechten. Über die einzelnen Arten der Ausführung einer Einziehung und die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der einzelnen Arten vgl. §. 227 Anm. II.
3. Zusammenlegung von Anteilrechten. Hierüber enthält §. 290 nähere Bestimmungen.

b. **Sonstige Einzelheiten der Ausführung.** Hier kann z. B. in Betracht kommen die Angabe der Zeit, wann die Herabsetzung oder die Zurückzahlung u. s. w. stattfinden sollen (Johow XVI, 22, K.G. Berlin v. 25. Jan. 1897 Holdheim Ztschr. 131). Ferner auch die Stellung einer Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung (§. 276 Anm. V c).

IV. **Erfordernisse des Herabsetzungsbeschlusses.** Der Herabsetzungsbeschluß ist zwar ein Satzungsänderungsbeschluß (§. 278 Anm. I); doch sind die Bestimmungen des §. 275 nicht als solche anwendbar, da sie durch §. 288 teils ersetzt teils geändert sind. Mithin ist — außer §. 251 Abs. 1 — nur §. 288 maßgebend. Dagegen bleibt §. 274 anwendbar; mithin auch die Bestimmung, daß die Anordnung nur durch die Generalversammlung getroffen werden kann, und eine Übertragung an andere Behörden — außer im Fall des §. 274 Abs. 1 Satz 2 — unzulässig ist (§. 274 Anm. I a, R.G. XXVI, 134).

a. **Erforderliche Mehrheiten.**

1. Erschwerte Mehrheit. Vgl. §. 275 Anm. I b 1. Erforderlich ist eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung (§. 207 Anm. II c) vertretenen Grundkapitals (§. 288 Abs. 1 Satz 1). Die Satzung kann das Erfordernis erschweren, aber nicht mildern (§. 288 Abs. 1 Satz 2).

2. Einfache Stimmenmehrheit. Vgl. §. 275 Anm. Ib 2. Die Satzung kann das Erfordernis erschweren, aber nicht mildern (§. 251 Abs. 1).

b. **Noch andere Erfordernisse der Beschlußfassung, wenn die Satzung solche aufstellt.** Vgl. §. 275 Anm. Ic. Die Satzung kann die Erfordernisse nur verschärfen, nicht mildern (§. 288 Abs. 1 Satz 2; vgl. §. 275 Anm. IIc 3). Auch hier ist unter Satzung nicht nur die ursprüngliche, sondern auch die geänderte Satzung zu verstehen (§. 275 Anm. Ic; dagegen Pinner Anm. V 1).

c. **Angabe des Zwecks** (oben Anm. II) **der Herabsetzung** (§. 288 Abs. 2). Die Worte „insbesondere, ob sie zur teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt" sind nur hinzugefügt, um ein besonders wichtiges Beispiel zu nennen (Denkschr. 160). Der Rückzahlungszweck liegt auch dann vor, wenn nicht sofort nach Ablauf der Sperrzeit sondern erst später, z. B. gelegentlich der folgenden Gewinnverteilung, die Rückzahlung erfolgen soll. Über die Eigenschaft der Rückzahlungsforderungen der Aktionäre bis zur thatsächlichen Rückzahlung vgl. §. 289 Anm. IVe. Die Angabe des Zwecks ist zwingend vorgeschrieben („muß").

d. **Angabe der Ausführungsweise** (§. 288 Abs. 2). „Weise der Ausführung" vgl. oben Anm. III. Diese Angabe ermöglicht dem Registergericht die Prüfung, ob die in Aussicht genommenen, mit der Herabsetzung zusammenhängenden Maßregeln den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen. Jede einzelne dieser Maßregeln hat für sich ihre besonderen Voraussetzungen. Da diese Maßregeln durch die Angabe im Herabsetzungsbeschluß zu Teilen des letzteren werden, so ist der ganze Beschluß unzulässig, wenn auch nur die einzelne beschlossene Ausführungsmaßregel eine unzulässige ist (R.O.H. XXV, 261). Es genügt nicht die allgemeine Angabe, daß der „Betrag der Grundkapitalanteile heruntergesetzt werden" oder eine „Einziehung geschehen" oder „Zusammenlegung stattfinden" soll. Vielmehr sind auch die erheblicheren Einzelheiten anzugeben. So z. B. bei Herabsetzung des Betrages der Grundkapitalanteile, in welcher Höhe die Herabsetzung auf die einzelnen Anteile verteilt werden soll. So bei Zusammenlegung, wieviele Anteilrechte oder Bruchteile von solchen zu einem vereinigt werden sollen. Bei beiden ferner, ob z. B. ein Umtausch oder eine Abstempelung der Mitgliedscheine stattfinden soll. So bei Einziehung, ob dieselbe durch entgeltlichen Erwerb von Anteilrechten oder durch Auslosung oder Kündigung mit oder ohne Abfindung erfolgen soll. — Das Angeben einer Ausführungsweise ist zwingend vorgeschrieben („muß"); insbesondere kann die nähere Festsetzung der Ausführungsweise nicht etwa dem Vorstand und Aufsichtsrat überlassen werden (R.G. XXVI, 134, Johow XVI, 22, O.L.G. Hamburg v. 25. April 1896 Z.f.H. Bd. 47 S. 123, K.G. Berlin v. 25. Jan. 1897 Holdheim Ztschr. 131). Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann aber auch ohne irgend eine begleitende Ausführungsmaßregel vorkommen (§. 278 Anm. IIc). Aus §. 288 Abs. 2 ist nicht etwa abzuleiten, daß dies verboten werden soll, vielmehr nur, daß in solchem Falle in dem Herabsetzungsbeschluß anzugeben ist, die Herabsetzung solle ohne begleitende Ausführungsmaßregel erfolgen. Auch dies ist eine „Ausführungsweise".

e. **Sind mehrere Aktiengattungen** (§. 185 Anm. Ic) **vorhanden**, so bedarf es stets, auch wenn die Voraussetzung (§. 275 Abs. 3) der Benachteiligung einer Gattung nicht vorliegt, der Beschlußfassung der Aktionäre jeder Gattung in gesonderter Abstimmung (§. 278 Anm. VIIIb; für bisheriges Recht vgl. Johow XVI, 20). Jede dieser Sonderabstimmungen muß allen oben zu a—d aufgeführten Bedingungen entsprechen. Die Beschlußfassung kann nur stattfinden, wenn sie gemäß §. 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist (§. 275 Anm. IIIc 3).

§. 289.

Anmeldung des Beschlusses. Sicherung der Gläubiger.

Der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Vorstand hat unter Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals nach der Eintragung des Beschlusses die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Zahlungen an die Aktionäre dürfen auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erst erfolgen, nachdem seit dem Tage, an welchem die im Abs. 2 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist und nachdem die Gläubiger, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt worden sind. Eine durch die Herabsetzung bezweckte Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen auf die Aktien tritt nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt in Wirksamkeit.

A.D.H. Art. 248 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2. **Entw. I** §. 263. **Entw. II** §. 281.

§. 289.

I. **Anmeldung.** Vgl. §. 277 Anm. I. Da der Herabsetzungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß ist (§. 278 Anm. Ia), so findet — mit der nachstehend zu a erwähnten Maßgabe — der §. 277 Anwendung. Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

a. **Anmeldepflichtig** sind — abweichend von der Regel bei Anmeldung von Satzungsänderungsbeschlüssen (§. 277 Anm. Ib) — nicht „der Vorstand", d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung, sondern „sämtliche Mitglieder des Vorstandes." Dies gilt — (abweichend bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses; §. 286 Anm. IIa) — auch für die Anmeldung bei den Registern der Zweigniederlassungen (§. 13 Abs. 1; ebenso Pinner Anm. III).

b. **Erzwingbarkeit.** Da der Fall des §. 289 Abs. 1 nur ein Sonderfall des §. 277 Abs. 1 ist (§. 278 Anm. Ia), so findet §. 319 Abs. 2 auch auf den Fall des §. 289 Abs. 1 Anwendung. Mithin kann die Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses zum Register des Sitzes gar nicht und zu den Registern der nicht am Sitze befindlichen Niederlassungen (§. 201 Anm. II) erst nach Eintragung bei dem Register des Sitzes durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§. 175 Anm. III, §. 277 Anm. Ic). Auffällig ist allerdings, daß der §. 319 Abs. 2 den §. 280 Abs. 1 aufführt, den §. 289 Abs. 1 aber nicht, trotzdem bezüglich beider die obige Erwägung zutrifft. Vielleicht ist dies geschehen, weil §. 284 Abs. 1 aufgeführt werden mußte (der in dieser Beziehung von §. 291 abweicht; §. 291 Anm. IIc) und im Anschluß hieran.

c. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts.** Vgl. §. 277 Anm. Ig. Da, soweit überhaupt ein förmliches Verfahren zum Schutz für die Gläubiger vorgeschrieben ist, dies erst nach Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses zu beginnen hat (§. 289 Abs. 2), so ist eine Prüfung dieser Schutzmaßregeln durch

den Registerrichter bei Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses ausgeschlossen (Johow I, 14, V, 28, 30, IX, 21).

II. **Aufforderung der Gläubiger.** Über die hiervon zu unterscheidende Aufforderung zur Einreichung von Mitgliedscheinen unter Androhung der Kraftloserklärung vgl. §. 290 Anm. IV a. Die Verbindung beider Aufforderungen ist nicht ausgeschlossen.

a. **Inhalt** der Aufforderung. Die Aufforderung geht dahin, daß die Gläubiger der Gesellschaft ihre Ansprüche anmelden mögen. Außerdem ist in die Aufforderung ein Hinweis auf den Beschluß über Herabsetzung des Grundkapitals aufzunehmen.

b. **Zeitpunkt** der Aufforderung. Die Aufforderung kann mit Wirkung erst geschehen, nachdem der Herabsetzungsbeschluß eingetragen ist. Als maßgebend ist auch hier die Eintragung in das Register des Sitzes anzusehen (§. 277 Abs. 3).

c. **Form** der Aufforderung. Zwei Arten der Aufforderung sind nebeneinander zu bewirken: Die bekannten Gläubiger sind durch besondere (an keine Form gebundene) Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern. Außerdem hat die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (in der allgemeinen für Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebenen Form, §. 182 Anm. IV b 7) zu erfolgen.

III. **Befriedigung oder Sicherung von Gläubigern.** Nur diejenigen Gläubiger sind zu berücksichtigen, deren Forderung vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet ist, und nur diejenigen unter diesen Gläubigern, welche sich zu diesem Zwecke melden.

a. **Begründetsein vor der letzten öffentlichen Aufforderung.** Unerheblich ist, ob die Forderung bereits fällig ist. Nichtfällige Forderungen werden aber weder durch die Aufforderung noch durch die Ausführung des Herabsetzungsbeschlusses fällig (vgl. §. 145 Anm. II c, R.O.H. XXIV, 248). Entsprechend der Art, wie der Beginn der Sperrzeit in §. 289 Abs. 4 bestimmt ist, werden wohl auch diejenigen Forderungen als vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet anzusehen sein, welche am Tage des Erscheinens der letzten öffentlichen Aufforderung begründet werden.

b. **Anmeldung zum Zwecke der Befriedigung oder Sicherheitsleistung.** Erfordert ist ausdrücklich nur, daß überhaupt eine Anmeldung erfolgt; da aber aus der Anmeldung zugleich hervorgehen muß, daß Befriedigung oder Sicherheitsleistung gefordert werden, so ergiebt sich mittelbar, daß aus der Anmeldung auch hervorgehen muß, wegen einer wie hohen Forderung dieselbe geschieht. Die Anmeldung ist an die Gesellschaft zu richten. Eine Frist für dieselbe ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben; doch ergiebt sich aus Abs. 4 die gesetzliche Frist von einem Jahr nach erfolgter dreimaliger Aufforderung.

c. **Befriedigung oder Sicherheitsleistung.** Welches von beiden die Gesellschaft wählen will, ist für die hier allein in Betracht kommende Frage, ob Zahlungen an die Aktionäre geleistet werden dürfen, unerheblich. Hat ein Gläubiger das Recht auf Befriedigung, so braucht er sich selbstverständlich nicht bloße Sicherheitsleistung gefallen zu lassen. Umgekehrt braucht die Gesellschaft nicht zu befriedigen, wenn der Gläubiger hierauf an sich noch keinen Anspruch hat; durch die Anmeldung erhält der Gläubiger auch nicht einmal einen Anspruch auf sofortige Sicherheitsleistung, sondern nur auf Sicherheitsleistung vor Zahlungen aus Grundvermögen an Aktionäre. Über die Art, wie Sicherheit zu leisten, bestimmt B.G. §§. 232 ff.

IV. **Verbot der Zahlung oder Befreiung vor Ablauf der Sperrzeit.**

a. **Zahlungen an die Aktionäre** sind nur verboten insoweit sie auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen; gleichgiltig ob die Zahlung ausdrücklich als Zweck (§. 288 Anm. II) der Herabsetzung bezeichnet worden, oder ob die Zahlung nur eine Folge der Herabsetzung ist, die durch die gemäß der Herabsetzung geschehene Neugestaltung der Bilanz unmittelbar oder mittelbar ermöglicht wurde. Soweit etwa aus anderen Gründen Zahlungen an die Aktionäre erfolgen sollen,

z. B. zur Befriedigung eines Aktionärs wegen seines Gläubigeranspruchs, wegen einer Darlehnsforderung (§. 250 Anm. IV) oder behufs Verteilung von Gewinn in derjenigen Höhe, in welcher er auch ohne die Herabsetzung verteilbar wäre, dürfen Zahlungen auch vor Ablauf der Sperrzeit erfolgen.

b. **Befreiungen von der Einlagepflicht.** Die Regel des Verbots einer Befreiung enthält §. 221. Der §. 289 Abs. 4 Satz 2 bestimmt nur den frühesten Zeitpunkt („nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt"), mit welchem infolge eines Herabsetzungsbeschlusses eine Befreiung von der Einlagepflicht eintreten kann. Im Zweifel tritt jedoch mit jenem Zeitpunkt die Befreiung noch nicht von selbst ein, vielmehr bedarf es noch einer hinzukommenden Willenserklärung der Gesellschaft (vertreten in der Regel durch ihren Vorstand), um diese Befreiung herbeizuführen. Diese Willenserklärung kann im Einzelfall vor oder nach dem Ablauf der Sperrzeit liegen (§. 278 Anm. II f 2).

c. **Sperrzeit.** Dieselbe ist in doppelter Weise bestimmt; sie läuft erst ab, wenn jede der zwei Voraussetzungen erfüllt ist:

1. Zeitablauf. Seit dem Erscheinen der dritten vorschriftsmäßigen Aufforderung (oben Anm. II) muß ein Jahr verstrichen sein. Für die Berechnung der Frist ist maßgebend B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2 (vgl. auch H.G.B. §. 255 Anm. II).
2. Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, welche ihre Forderungen angemeldet haben, wegen dieser Forderungen (oben Anm. III).

d. **Verbot.** Der §. 289 Abs. 4 enthält keine Vorschrift über den Zeitpunkt, wann die Herabsetzung des Grundkapitals zulässig ist, vielmehr ausschließlich eine Vorschrift über den Zeitpunkt der Zulässigkeit der bezeichneten Zahlungen oder Befreiungen aus bisherigem Grundvermögen. Beides muß auseinander gehalten werden. Der §. 289 Abs. 4 steht daher auch nicht einer Vornahme der Herabsetzung des Grundkapitals selbst vor Ablauf der Sperrzeit entgegen (dagegen R.O.H. XVIII, 426, Johow IX, 21); vielmehr folgt in solchem Falle aus §. 289 Abs. 4 für die Gestaltung der Bilanz nur, daß in eine Bilanz, welche für einen in den Lauf der Sperrzeit fallenden Zeitpunkt aufgestellt wird, derselbe Betrag, um welchen das Grundkapital herabgesetzt ist, als notwendiger Reservefonds neu aufgenommen werden muß (vgl. Simon, Bilanzen S. 218). Über den Zeitpunkt der Herabsetzung des Grundkapitals vgl. §. 278 Anm. II f 2. — Eine Befreiung vor Ablauf der Sperrzeit enthält im Zweifel in sich die aufschiebende Bedingung (oben Anm. IV c 2) und Betagung (oben Anm. IV c 1) durch Ablauf der Sperrzeit (§. 289 Abs. 4 Satz 2, B.G. §. 140); sollte unter Mißachtung des Verbots die Befreiung ohne diese Bedingung und Betagung erfolgen, so ist die Befreiung nichtig (B.G. §. 134). Die Zahlung vor Ablauf der Sperrzeit kann unter Umständen strafbar nach §. 312 sein; sie kann das Entstehen von Ersatzansprüchen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegen Vorstandsmitglieder (§. 241) und Aufsichtsratsmitglieder (§. 249) bewirken, und sie hat jedenfalls das Entstehen von Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger gegen nicht gutgläubige empfangende Aktionäre (§. 217) zur Folge. — Auch können bei Bevorstehen gesetzwidriger Zahlungen Gesellschaftsgläubiger, denen ein Anspruch auf Befriedigung oder Sicherstellung zusteht, eine auf Verhinderung der Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft erwirken (vgl. Pinner Anm. V 3).

e. **Recht des einzelnen Aktionärs auf die beschlossene Rückzahlung oder Befreiung.** Bestritten ist (vgl. Staub Art. 248 §. 9, Simon S. 215, Ring Art. 248 Anm. 5, Behrend §. 143 Anm. 28, Pinner Anm. VII), welcher Art dies Recht ist, und zu welchem Zeitpunkt es eintritt. Aus den hier verteidigten Ansichten über den Begriff des „Erfolgens" der Herabsetzung (§. 278 Anm. II) und über die Tragweite des Verbots des §. 289 Abs. 4 (oben Anm. IV d) sowie aus den für den ähn-

lichen Fall des Anspruchs auf festgestellten Reingewinn allgemein angenommenen Grundsätzen (§. 213 Anm. IIc) sind nachstehende Folgerungen abzuleiten: Nur ein Gesamtrecht (§. 250 Anm. Ia) auf Ausführung des Beschlusses besteht von Fassung des Herabsetzungsbeschlusses bis zu dem Zeitpunkt wo sowohl dieser Beschluß eingetragen als auch die (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung des Vorstandes, daß nunmehr die Herabsetzung erfolge, ergangen ist (§. 278 Anm. Ib, IId, f). Ist zu jenem Zeitpunkt die Sperrzeit (oben Anm. IVc) bereits abgelaufen, so hat nunmehr der Aktionär sofort ein Gläubigerrecht (§. 250 Anm. IV) auf Zahlung, bezw. die Befreiung tritt ohne weiteres ein. Ist zu jenem Zeitpunkt die Sperrzeit noch nicht abgelaufen, so erhält der Aktionär zunächst nur ein Sonderrecht (§. 250 Anm. IIIa) auf Zahlung oder Befreiung, und zwar (oben Anm. IVd) ein aufschiebend bedingtes und betagtes; erst mit dem Ablauf der Sperrzeit verwandelt sich dieses Sonderrecht in ein Gläubigerrecht (im Ergebnis wohl ebenso Pinner Anm. VII). Das Sonderrecht kann nicht als Konkursforderung im Konkurse der Gesellschaft geltend gemacht werden (§. 250 Anm. IIIb), auch nicht als gleichstehend nur mit den Forderungen der neuen Gläubiger (hierdurch im Ergebnis abweichend von Staub und Ring a. a. O.); dagegen kann das Gläubigerrecht als Konkursforderung geltend gemacht werden (hierdurch im Ergebnis abweichend von Simon a. a. O.).

§. 290.

Kraftloserklärung behufs Ausführung der Herabsetzung.

Ist zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals eine Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren vorgesehen, so kann die Gesellschaft die Aktien, welche trotz erfolgter Aufforderung nicht bei ihr eingereicht sind, für kraftlos erklären. Das Gleiche gilt in Ansehung eingereichter Aktien, welche die zum Ersatze durch neue Aktien erforderliche Zahl nicht erreichen und der Gesellschaft nicht zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt sind.

Die Aufforderung zur Einreichung der Aktien hat die Androhung der Kraftloserklärung zu enthalten. Die Kraftloserklärung kann nur erfolgen, wenn die Aufforderung nach Maßgabe des §. 219 Abs. 2 bekannt gemacht ist; sie geschieht mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

Die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Betheiligten auszuzahlen oder, sofern die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen.

A.D.H. — **Entw. I** §. 264. **Entw. II** §. 282.

§. 290.

I. **„Ausführung" der Herabsetzung des Grundkapitals.** Dieser Ausdruck erscheint ungenau; es handelt sich nur um eine im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Grundkapitals vorzunehmende, aber an sich selbständige Maßregel (§. 278 Anm. IIc). Die „Ausführungsweise" (§. 288 Anm. III) muß bereits im Herabsetzungsbeschluß angegeben sein (§. 288 Anm. IVd).

II. **„Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren."**

a. **„Aktien."** Die Redewendung „Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren" kann unmittelbar nur auf „Aktien" im Sinn von „Mitgliedscheinen" (§. 179 Anm. IV a) bezogen werden. Gemeint ist aber (wie entsprechend an anderen Stellen des Gesetzes, §. 179 Anm. I) nicht sowohl eine Verminderung der Zahl der Mitgliedscheine, als vielmehr eine Verminderung der Zahl der Anteilrechte (oder der ihnen entsprechenden Grundkapitalanteile). Nur behandelt §. 290 allerdings ausschließlich diejenige Verminderung der Zahl der Anteilrechte (bezw. Grundkapitalanteile), die auch in den Mitgliedscheinen durch deren Umtausch, Stempelung oder ähnliches Verfahren zum Ausdruck gebracht werden soll. — Ob Aktien oder Interimsscheine ausgegeben sind, ist unerheblich, trotzdem hier (abweichend von §. 228) Interimsscheine nicht genannt sind.

b. **Verminderung der Zahl der Anteilrechte.** Setzt nach obigem (Anm. II a) §. 290 eine geplante Verminderung der Zahl der Anteilrechte voraus, so ergiebt sich, daß die hier vorausgesetzte Maßregel sehr nahe verwandt ist mit der in §. 227 behandelten Einziehung, denn auch die Einziehung enthält eine Verminderung der Zahl der Anteilrechte (§. 227 Anm. I a).

c. **„Durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren."** Diese Worte enthalten die Kennzeichnung der in §. 290 behandelten Verminderung der Zahl der Anteilrechte zum Unterschied von andersartigen solchen Verminderungen. Infolge der nur auf die Mitgliedscheine zielenden Fassung bleibt allerdings im einzelnen manches zweifelhaft.

1. Zusammenlegung von Anteilrechten. Bei der Verminderung der Zahl der Anteilrechte durch Einziehung fallen die eingezogenen Anteilrechte künftig gänzlich fort; die weiterbestehenden Anteilrechte übermitteln zu keinem Teile eine Rechtsnachfolge nach den eingezogenen. Daher liegt auch bei einer Einziehung die Möglichkeit, daß sie mit Umtausch oder Stempelung bisheriger Mitgliedscheine Hand in Hand ginge, ziemlich fern, wenngleich die Möglichkeit an sich nicht völlig ausgeschlossen ist; der Einziehung entspricht vielmehr in der Regel die Vernichtung der bisherigen Mitgliedscheine ohne Rückgabe von Ersatzurkunden mit Mitgliedscheins-Eigenschaft. Auch die Denkschr. 160 bringt den Fall der Einziehung in Gegensatz zu den neuen Vorschriften des §. 290, betrachtete also wohl durch den §. 290 die Einziehung, selbst wenn sie ausnahmsweise mit Umtausch oder Stempelung der verbleibenden Mitgliedscheine verbunden ist, als nicht mit betroffen. — Diejenige Verminderung der Zahl der Anteilrechte, welche in der Regel mit einem Umtausch oder einer Stempelung bisheriger Mitgliedscheine Hand in Hand geht, ist die Zusammenlegung. Von der Einziehung unterscheidet sie sich dadurch, daß bei der Zusammenlegung kein bisheriges Anteilrecht vollständig fortfällt, vielmehr nur mehrere bisherige Anteilrechte oder Bruchteile von solchen zu einem neuen Anteilrecht verschmolzen werden. Die Zusammenlegung für sich und ohne Zusammenhang mit anderen Maßregeln betrachtet, besteht lediglich in einer Neueinteilung des Grundkapitals unter Erhaltung aller bisherigen Anteilrechte, nur unter Beschränkung der getrennten Ausübbarkeit der letzteren. Es wird hiernach wohl anzunehmen sein, daß §. 290 den Fall der Zusammenlegung von Anteilrechten zur Voraussetzung hat. — Zu beachten ist übrigens, daß eine Zusammenlegung von Anteilrechten begrifflich auch möglich ist ohne Umtausch oder Stempelung von Mitgliedscheinen (z. B. wenn solche nicht ausgegeben sind; §. 179 Anm. II b), und auch ohne Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals. Die Zusammenlegung an sich ist überhaupt nicht geeignet, der Herabsetzung des Grundkapitals

Ausdruck zu geben; entscheidend hierfür ist nicht die Zusammenlegung, sondern die Herabsetzung des Betrages der einzelnen Grundkapitalanteile (unten zu 2). — Über die Frage, welche Erfordernisse für einen Zusammenlegungsbeschluß vorhanden sein müssen, enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen. In §. 290 ist jedoch stillschweigend vorausgesetzt, daß wenn ein Zusammenlegungsbeschluß im Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbeschluß ergeht, die Erfüllung der für den letzteren bestehenden Erfordernisse auch für den ersteren genügt.

2. Äußere Herabsetzung des Betrages der einzelnen Grundkapitalanteile. Dies ist die Maßregel, welche fast stets die Herabsetzung des Grundkapitals begleitet, und dann in der Regel durch Umtausch oder Stempelung der Mitgliedscheine oder ein anderes Verfahren ausgeführt wird. Soll keine äußere Herabsetzung des Betrages von Grundkapitalanteilen erfolgen, so wird die Gesellschaft kein Interesse an Einreichung der Mitgliedscheine haben. Trotzdem §. 290 hiernach offenbar auf diese Maßregel namentlich zielte, ist doch diese Maßregel in §. 290 mit keinem Wort erwähnt. Man kann daher nicht sagen, daß die äußere Herabsetzung des Betrages der Grundkapitalanteile eine unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des §. 290 ist. — Zu beachten ist auch hier, daß diese äußere Herabsetzung des Betrages der Grundkapitalanteile nicht notwendig jede Herabsetzung des Grundkapitals begleiten muß (§. 278 Anm. II c); ebenso, daß sie auch ohne Zusammenhang mit einer Verminderung der Zahl der Anteilrechte vorkommen kann (§. 288 Anm. III a 1); endlich, daß sie auch nicht notwendig eine Änderung in Mitgliedscheinen bedingt (z. B. wenn solche nicht ausgegeben, §. 179 Anm. II b). — Über die Frage, welche Erfordernisse für einen Beschluß betr. äußere Herabsetzung des Betrages der Grundkapitalanteile vorhanden sein müssen (§. 250 Anm. III c 2), enthält das Gesetz — abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen über Mindestnennbetrag (§. 180; vgl. §. 288 Anm. III a 1) und dessen Verhältnis zur Höhe des Einlageversprechens (§. 184) — keine ausdrücklichen Bestimmungen. In §. 290 ist jedoch stillschweigend vorausgesetzt, daß wenn ein derartiger Beschluß in Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbeschluß ergeht, die Erfüllung der für den letzteren bestehenden Erfordernisse auch für den ersteren genügt.

3. Änderung des Inhalts der Mitgliedscheine. Unerheblich ist, in welcher Weise diese Änderung erfolgt. Beispiele sind die Vernichtung der früheren Mitgliedscheine und Ausgabe neuer („Umtausch"), die Kennzeichnung einer Änderung des Inhalts durch Aufdruck („Stempelung"), Zusätze zum bisherigen Inhalt, Durchstreichungen eines Teiles des bisherigen Inhalts. — Die in Reichsstempelges. §. 6 Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung von „Umtausch" als „Erneuerung der Urkunde ohne Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses" paßt hier nicht; der Begriff ist hier vielmehr ein weiterer. — Der neue Mitgliedschein tritt in rechtlicher Beziehung ganz an die Stelle des ursprünglichen; er wird daher Eigentum derjenigen Person, der das Eigentum an dem bisherigen Mitgliedschein zustand (R.G. v. 4. Nov. 1895 J.W. 1896 S. 6).

d. **Entsprechende Anwendung.** Der §. 290 bezieht sich nach Obigem unmittelbar nur auf eine in Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals stehende Zusammenlegung von Anteilrechten (oben Anm. II c 1), welche von einer Änderung des Inhalts der Mitgliedscheine begleitet ist (oben Anm. II c 3), womit in der Regel eine äußere Herabsetzung des Betrages der einzelnen Grundkapitalanteile (oben Anm. II c 2) mittels Änderung des Inhalts der Mitgliedscheine (oben Anm. II c 3) verbunden ist. Es ist jedoch kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die Vorschriften

des §. 290 so eng hätten begrenzt werden sollen; auch giebt die Begründung derselben in Denkschr. 161 keinen Anhalt für die Absicht der Beschränkung. Die Fassung erklärt sich daraus, daß mittelbar die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen über Zusammenlegung von Anteilrechten anerkannt werden sollte (Denkschr. a. a. O.), und dann übersehen wurde, daß nicht so sehr diese Zusammenlegung, als vielmehr namentlich die äußere Herabsetzung der Grundkapitalanteile es ist, welche Änderungen der Mitgliedscheine erwünscht macht. Daher wird §. 290 in allen Fällen entsprechend anzuwenden sein, in denen eine äußere Herabsetzung der Grundkapitalanteile auch ohne Verminderung der Zahl der Anteilrechte in Zusammenhang mit einer Herabsetzung des Grundkapitals beschlossen ist (dagegen Pinner Anm. II 1). Ebenso wird §. 290 Abs. 1 Satz 2 auf den Fall, daß keine Mitgliedscheine ausgegeben sind, entsprechend in der Weise anzuwenden sein, daß die betreffenden Aktionäre, welche ihre Anteilrechte nicht zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung stellen, ihres Anspruchs auf ihr Anteilrecht verlustig erklärt werden können, vorbehaltlich ihres Rechts auf einen Teil des Erlöses. — Über Umtausch von Mitgliedscheinen bei Übertragung des Vermögens einer A.G. als Ganzes an eine andere A.G. oder K.A.G. vgl. §. 305 Abs. 3. — Über die Stellung der Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung des Anteilrechts vgl. §. 276 Anm. Vc.

III. **Unterlassen der Einreichung oder der Zurverfügungstellung** als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Kraftloserklärung. Das Wort „Kraftloserklärung" ist, wie in §. 228, so auch in §. 290 nur mit Bezug auf Urkunden gebraucht (oben Anm. IIa). — Bereits nach früherem Recht wurde die Zulässigkeit der Kraftloserklärung in solchen Fällen anerkannt (R.G. XXXVI, 137, XXXVII, 132, XXXVIII, 98 gegen R.O.H. XX, 96, XXV, 262). Nach §. 290 Abs. 1 ist die Kraftloserklärung in zwei Fällen zulässig:

a. **Nichteinreichung trotz erfolgter Aufforderung** (§. 290 Abs. 1 Satz 1). Die Aufforderung wirkt nur, wenn sie unter Beobachtung der Vorschriften des §. 290 Abs. 2 (unten Anm. IV) erfolgt.

b. **Eingereichte Mitgliedscheine** (§. 290 Abs. 1 Satz 2), wenn die nachstehenden beiden Voraussetzungen vorhanden sind:

1. Die eingereichten Mitgliedscheine erreichen nicht die zum Ersatz durch neue Mitgliedscheine erforderliche Zahl („Spitzen"). Nur diejenige Zahl der alten (demselben Anteilberechtigten zustehenden und auf eine gleiche Aktiengattung entfallenden) Mitgliedscheine kann für kraftlos erklärt werden, welche nicht teilbar ist durch die Zahl der alten Mitgliedscheine, die für den Umtausch in neue Mitgliedscheine erforderlich ist.
2. Unterlassen seitens der Beteiligten, diese Mitgliedscheine zur Verfügung der Gesellschaft behufs Verwertung für Rechnung der Beteiligten zu stellen. Eine besondere Aufforderung, die Mitgliedscheine in dieser Weise zur Verfügung zu stellen, ist nicht erforderlich, liegt vielmehr in der Aufforderung zur Einreichung; dagegen ist anzunehmen, daß eine diesbezügliche Androhung erforderlich ist (unten Anm. IV).

IV. **Verfahren der Kraftloserklärung. §. 290 Abs. 2.**

a. **Aufforderung zur Einreichung der Mitgliedscheine.** Vgl. §. 218 Anm. II. Mit der Aufforderung zur Einreichung der Mitgliedscheine ist die Androhung der Kraftloserklärung zu verbinden (§. 290 Abs. 2 Satz 1). Die Kraftloserklärung muß sowohl für den Fall des §. 290 Abs. 1 Satz 1, wie für den Fall des §. 290 Abs. 1 Satz 2 angedroht werden, widrigenfalls nur für denjenigen Fall, auf welchen sich die Androhung bezieht, die Kraftloserklärung zulässig ist.

b. **Bekanntmachung der Aufforderung.** Vgl. §. 219 Anm. IIc. Die Aufforderung muß dreimal in den Gesellschaftsblättern bekannt gemacht (§. 182 Anm. IVb 7) werden;

die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablauf der für die Einreichung (oder zur Verfügungstellung) gesetzten Frist erfolgen (§. 290 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1, §. 219 Abs. 2 Satz 1). Gemeint ist wohl, daß auch §. 219 Abs. 2 Satz 2, wonach unter Umständen auch der Erlaß einer nicht öffentlichen Aufforderung an die säumigen Aktionäre genügt, zur entsprechenden Anwendung kommen soll; allerdings bezeichnet §. 219 Abs. 2 Satz 2 dies Verfahren nicht als „Bekanntmachung".

c. **Kraftloserklärung.** Vgl. §. 219 Anm. III. Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, dem Kraftloserklärungsverfahren auch die Kraftloserklärung folgen zu lassen. Die Erklärung ist von der Gesellschaft durch ihre gewöhnlichen Vertreter abzugeben. Sie erfolgt durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern (§. 290 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2, §. 182 Anm. IV b 7). Über das Erlöschen der Ansprüche aus nicht fälligen Gewinnanteilscheinen vgl. §. 228 Anm. II.

V. **Verkauf der neuen Anteilrechte.** Vgl. §. 220 Anm. III. Der Verkauf muß für Rechnung der Beteiligten erfolgen. Ein Beschluß der Generalversammlung, die trotz Aufforderung nichteinreichenden Aktionäre für ihres Anteilrechts völlig verlustig zu erklären, würde gegen deren Sonderrecht (§. 250 Anm. III c 8) verstoßen (R.G. XXXVII, 131, XXXVIII, 99). Doch ist dies Sonderrecht ein verzichtbares; es tritt daher Heilung des Mangels z. B. dann ein, wenn alle Aktionäre thatsächlich die Mitgliedscheine einreichen (R.G. XXXVIII, 99). Der Erlös muß den Beteiligten gezahlt, oder er muß hinterlegt werden („ist"). Letzteres darf nur geschehen, wenn nach allgemeinen Grundsätzen eine Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist. Hierüber bestimmt B.G. §. 372:

> „Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann."

Soweit der Gesellschaft die Personen der an den einzelnen ursprünglichen Anteilrechten Berechtigten bekannt sind, hat sie den diesen zukommenden Teil des Erlöses gesondert zu berechnen und ihnen auszuzahlen oder zu hinterlegen. Soweit eine Mitberechtigung an einzelnen der ursprünglichen Anteilrechte bestand, stehen die am Erlöse der neuen Anteilrechte Beteiligten in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (B.G. §§. 741 ff).

§. 291. **Anmeldung des Erfolgtseins.**

Die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. — **Entw. I** — **Entw. II** —

§. 291.

I. **Erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals.**

a. **Begriff.** Vgl. §. 278 Anm. I b, II a—e. Über die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen der §§. 274—277 auf das Erfolgen der Herabsetzung vgl. §. 278 Anm. I b. Verbindung von Herabsetzung mit Erhöhung vgl. §. 278 Anm. IV.

b. **Zeitpunkt.** Vgl. §. 278 Anm. II f 2. Bei Festsetzung nur eines Höchstbetrages im Herabsetzungsbeschluß vgl. §. 278 Anm. III.

II. **Anmeldung.**

a. **Zuständiges Gericht.** Vgl. §. 284 Anm. II a. Die Anmeldung hat sowohl bei dem Registergericht des Sitzes wie auch bei den Registergerichten der nicht am Ort des Sitzes befindlichen Niederlassungen zu erfolgen.

b. **Anmeldepflichtig** sind bezüglich aller Registergerichte sämtliche Mitglieder des Vorstandes. Vgl. §. 289 Anm. I a.

c. **Erzwingung durch Ordnungsstrafen** ist zulässig (§. 14; ebenso Pinner Anm. 4; dagegen Simon, Bilanzen S. 211, Esser Anm. 1, Könige Anm. 320).

d. **Verbindung mit der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses** ist zwar nicht ausdrücklich zugelassen, aber auch nicht ausgeschlossen, daher für an sich zulässig zu erachten (dagegen Pinner Anm. 3). Die Vorschriften über Einhaltung der Sperrzeit stehen nicht entgegen (§. 289 Anm. IV d). Häufig wird allerdings im Herabsetzungsbeschluß entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Bezugnahme auf vorher zu bewirkende Ausführungsmaßregeln (§. 288 Anm. III) ein späterer Zeitpunkt für das „Erfolgen" der Herabsetzung in Aussicht genommen sein und hierdurch eine getrennte Anmeldung des Beschlusses und des „Erfolgens" erforderlich werden.

Fünfter Titel.

Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

I. Auflösung (§§. 292, 293).

§. 292. **Auflösungsgründe.**

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;
2. durch Beschluß der Generalversammlung; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.

Die Vorschriften dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt.

A.D.H. Art. 242. **Entw. I** §. 265. **Entw. II** §. 283.

§. 292.

I. **Auflösungsgründe.** Die in §. 292 Abs. 1 enthaltene Aufzählung von Auflösungsgründen ist nicht erschöpfend; dies ist in Abs. 2 („aus anderen Gründen") zum Ausdruck gekommen (Denkschr. 161).

a. **Zeitablauf** (§. 292 Abs. 1 Ziff. 1). Vgl. §. 131 Anm. Ia. Nicht notwendig ist, daß überhaupt eine bestimmte Zeit für die Dauer der Gesellschaft in der Satzung festgesetzt ist (§. 182 Anm. VI 1). Ist eine solche Dauer festgesetzt, so muß die hierüber lautende Bestimmung der Satzung eingetragen sein (§. 198 Abs. 2). Die Auflösung tritt dann von selbst, ohne erneuten Beschluß, bei Ablauf der Zeit ein (R.O.H. XIV, 366); eine stillschweigende Fortführung des Betriebes ändert hieran nichts. Soll die Auflösung durch Ablauf der in der Satzung angegebenen Zeit abgewendet werden, so bedarf es eines vor Eintritt jenes Zeitpunktes einzutragenden (§. 277 Abs. 3) Satzungsänderungsbeschlusses (§. 274 Anm. Ic).

Die Beschränkung auf eine bestimmte Zeit kann sowohl in der ursprünglichen Satzung, wie durch spätere Satzungsänderung erfolgen. Zwar besteht kein Sonderrecht auf Nichtauflösung vor dem Ablauf der satzungsmäßigen Dauer (R.O.H. XIV, 366); indessen müssen für einen die Dauer beschränkenden Beschluß die Erfordernisse des §. 292 Abs. 1 Ziff. 2 erfüllt sein (Staub 7. Aufl. Anm. 5, Pinner, Anm. III 1a gegen Esser Anm. 1), da anderenfalls die Notwendigkeit der in letzterer Vorschrift vorgesehenen erhöhten Mehrheit auf diesem Wege stets umgangen werden könnte.

Für die Verlängerung der satzungsmäßigen Gesellschaftsdauer ist ein Satzungsänderungsbeschluß erforderlich; in der Errichtungsversammlung kann ein dahingehender Beschluß nur unter Zustimmung aller erschienenen Aktionäre gefaßt werden (§. 196 Abs. 5 Satz 2).

b. **Beschluß der Generalversammlung** (§. 292 Abs. 1 Ziff. 2). Vgl. §. 131 Anm. Ib. Die Fälle der §§. 303—306 sind im Gesetz nicht als Sonderfälle eines Auflösungsbeschlusses aufgefaßt, vielmehr als Beschlüsse besonderer Art, an welche nur das

Gesetz die Folge der Auflösung knüpft, soweit Auflösung nicht schon vorher erfolgt war. Erfordernisse für den Auflösungsbeschluß sind:

1. Einfache Stimmenmehrheit (§. 251 Abs. 1; vgl. §. 275 Anm. Ib 2).
2. Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§. 275 Anm. Ib 1).
3. Etwaige fernere Erfordernisse gemäß Satzung (vgl. §. 275 Anm. IIc 3).
4. Steht dem Auflösungsbeschluß die Satzung entgegen — z. B. weil in der betreffenden Satzung eine weiterreichende Zeitdauer festgesetzt ist —, so muß die Fassung und Eintragung eines entsprechenden Satzungsänderungsbeschlusses vorhergehen (§. 274 Anm. Ic, d); es genügt nicht, daß ohne ausdrückliche Satzungsänderung der Auflösungsbeschluß gefaßt und nur für letzteren neben den Erfordernissen eines Auflösungsbeschlusses auch die Erfordernisse eines Satzungsänderungsbeschlusses beobachtet werden (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 6. Pinner, Anm. III 2a).

c. **Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen** (§. 292 Abs. 1 Ziff. 3). Vgl. §. 131 Anm. Ic. Über den Antrag auf Eröffnung des Gesellschaftskonkurses vgl. §. 210 Anm. IId. Über die Verpflichtung des Vorstandes zur Beantragung der Konkurseröffnung vgl. §. 240 Anm. III. Über die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, falls Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat, vgl. §. 241 Anm. II, IIIc 6, §. 249 Anm. II, III. Über die Zulässigkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder nach Einstellung gemäß ihrem Antrag, vgl. §. 307 Abs. 2, 3.

1. Ausschließliche Berechtigung des Konkursverwalters. Im Fall der Konkurseröffnung tritt keine Liquidation ein (§. 294 Abs. 1); vielmehr steht fortan dem Konkursverwalter das ausschließliche (R.G. XIV, 419, XVI, 338) Recht zu, das Gesellschaftsvermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (K.O. §. 6).
2. Rückständige Mitgliedschaftsleistungen. Dem Verwalter steht insbesondere auch das Recht zu, gegenüber den Aktionären rückständige Mitgliedschaftsleistungen einzufordern (R.G. XLV, 155, §. 300 Abs. 3 Satz 2, vgl. §. 171 Anm. Ia). Eine etwaige satzungsmäßige Beschränkung der Einforderung durch deren Bindung an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde (z. B. des Aufsichtsrats) dauert neben der unbeschränkten gesetzlichen Vertretungsmacht des Verwalters nicht fort (R.G. XLV, 155). Für zulässig erachtet wurde die Einrede, daß zur Deckung der Schulden einschließlich der Massekosten die eingeforderten Beträge nicht erforderlich seien (R.G. v. 25. März 1899 J.W. 306, vgl. R.G. XLV, 155; dagegen R.O.H. XXII, 136, in welchem Falle der Inanspruchgenommene sich allerdings auf bloßes Bestreiten der Notwendigkeit beschränkt hatte). Über die Einwendung, daß Zahlung nur gegen Aushändigung von Mitgliedscheinen gefordert werden könne, vgl. §. 179 Anm. IIa. Inwieweit auch im Konkurse die Einforderung eine gegenüber allen Beteiligten gleichmäßige sein muß, vgl. §. 218 Anm. IIa. Bezüglich der Frage, ob wiederkehrende Leistungen und eine für den Fall ihrer Nichtleistung bedungene Vertragsstrafe auch für die Zeit nach Konkurseröffnung eingefordert werden dürfen, vgl. §. 212 Anm. Ia, d. Über das Recht des Verwalters zur Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus Obliegenheitsverletzungen der Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat vgl. §. 241 Anm. IIIf, §. 249.
3. Die Behörden der Gesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung) bleiben während des Konkursverfahrens zwar bestehen; jedoch mit der Beschränkung, daß sie nur für bestimmte einzelne Handlungen innerhalb des Konkursverfahrens zuständig sind, durch welche im Konkursverfahren Pflichten des Gemeinschuldners gegen die Konkursgläubiger oder Rechte des Gemeinschuldners gegen den Ver-

walter bethätigt, oder behufs Wiederaufhebung des Konkurses Verpflichtungen, welche nur für den Fall dieser Wiederaufhebung wirksam werden sollen, übernommen werden (R.G. XIV, 418, XVI, 338; vgl. auch R.O.H. XVI, 286). War bereits vor Konkurseröffnung die Liquidation eingetreten, so bleibt auch die Behörde der Liquidatoren mit entsprechend beschränkten Befugnissen neben dem Verwalter bestehen (§. 298 Abs. 2; dagegen Staub Anm. 8). — Auch während des Konkurses ist daher für Vorhandensein des Aufsichtsrats zu sorgen (§. 315 Anm. I) und Entlassung und Neuwahl von Vorstandsmitgliedern zulässig (O.L.G. Hamburg v. 19. Oktober 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 554). Ebenso ist die Berufung der Generalversammlung zulässig (gegen die gegenteilige Ansicht des L.G. I Berlin Bl.f.Rpfl. 1893 S. 93, vgl. Z.f.H. Bd. 43 S. 330, Staub in Bl.f.Rpfl. 1893 S. 107).

4. Sonderrechte des Aktionärs gewähren im Konkurse der Gesellschaft keine „Konkursforderung"; ein Gläubigerrecht gewährt eine solche (§. 250 Anm. IIIb).

d. **Einziehung aller Anteile oder sonstiges** (§. 250 Anm. IIIc 1) **Ausscheiden aller Aktionäre.** Die Einziehung aller Anteile ist als Auflösungsgrund erwähnt in Denkschr. 161. In der That liegt Auflösung vor; gleichzeitig aber Vollbeendigung (vgl. unten Anm. II) der Gesellschaft (Hahn Art. 242 §. 6, Staub 7. Aufl. Anm. 13), denn mit dem Augenblick der Auflösung sind bereits alle bisherigen Aktionäre wegen ihres Anspruchs auf einen Vermögensbruchteil durch die Einziehung abgefunden oder haben diesen Anspruch durch ihren Austritt freiwillig aufgegeben. In anderen Fällen bleiben nach erfolgter Auflösung zwar auch nie mehr Vereinsmitglieder, sondern stets nur frühere (zur Zeit der Auflösung vorhanden gewesene) Mitglieder bezw. deren Rechtsnachfolger übrig, im vorliegenden Fall aber sind auch solche nicht mehr vorhanden; in den anderen Fällen ist das Erlöschen der Mitgliedschaft Folge der Auflösung, hier aber umgekehrt die Auflösung Folge des Erlöschens der Mitgliedschaft. Eine Liquidation kann (trotz §. 294 Abs. 1) nicht eintreten (Staub 7. Aufl. Anm. 13, Pinner Anm. III 4a), da eine Generalversammlung nicht mehr gebildet werden kann. Das Vermögen fällt in entsprechender Anwendung des B.G. §§. 45 Abs. 3, 46 an den Fiskus (Pinner, Staub a. a. O.). Die Auflösung und Vollbeendigung tritt ein, wenn das letzte Anteilrecht eingezogen oder aufgegeben ist.

Das Sinken der Zahl der Aktionäre auf weniger als fünf Personen, insbesondere die Vereinigung aller Anteilrechte in einer Hand (Cosack §. 119 VI) hat eine Auflösung nicht zur Folge (R.G. v. 25. Febr. 1897 J.W. 191, R.G. XXIII, 204; vgl. R.G. XXII, 116; anders bei Entstehung der A.G., §. 182 Anm. IIIb). Die für „eingetragene Vereine" geltende Vorschrift des B.G. §. 73 ist nicht entsprechend anwendbar. Ebensowenig bewirkt der Tod des einzigen Aktionärs die Auflösung, da nach seinem Tode seine Erben, in letzter Reihe der Fiskus (B.G. §. 1936), als Rechtsnachfolger eintreten.

e. **Beschluß der Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen** (§§. 303—306; vgl. §. 303 Abs. 2).

1. Allgemeines. Über die Verschiedenheit dieses Beschlusses von einem Auflösungsbeschluß vgl. oben Anm. Ib. In denjenigen Fällen, in denen die Übertragung ohne Liquidation erfolgt und der Übertragungsbeschluß erst gleichzeitig mit Eintritt der Gesamtnachfolge wirksam wird, tritt gleichzeitig mit Auflösung der Gesellschaft deren Vollbeendigung ein. — An sich ist der Fortfall jedes Vermögens ebensowenig bei der A.G. wie bei anderen Vereinen Auflösungsgrund (Staub 7. Aufl. Anm. 17, Pinner Anm. III 4g gegen R.G. XIV, 418; vgl. R.G. XV, 103).

2. Insbesondere Umwandlung in andere Gesellschaftsform. Die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform (vgl. §. 131 Anm. Ii, R.G. XXVI, 336) kann bei der Aktiengesellschaft nicht anders als unter Auflösung der Aktiengesellschaft erfolgen (vgl. §. 307 Abs. 1); nur ist für bestimmte Fälle zugelassen,

daß keine Liquidation stattzufinden braucht. So auch bei Umwandlung in eine K.A.G. (vgl. §. 305), während umgekehrt die Umwandlung einer K.A.G. in eine A.G. auch ohne Auflösung der ersteren zulässig ist (§. 333 Abs. 3). Auflösung ist erforderlich auch bei Umwandlung einer A.G. in eine Genossenschaft (R.G. v. 15. Febr. 1898 Holdheim Ztschr. 172, Pinner §. 303 Anm. V 1). Ebenso ist Auflösung erforderlich bei Umwandlung einer A.G. in eine Gewerkschaft (O.L.G. Braunschweig v. 14. Dezbr. 1893 Z.f.H. Bd. 47 S. 101), während umgekehrt die Umwandlung einer Gewerkschaft in eine A.G. ohne Änderung des Rechtssubjekts für zulässig erachtet ist (R.G. XXVI, 336; dagegen Pinner §. 303 Anm. V 2; dahingestellt R.G. XLIV, 281). Über Auflösung einer A.G. zwecks Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestimmt Ges. betr. G. m. b. H. §. 80 (Bd. III S. 379). — Hiernach kann bei der A.G. eine Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform ohne Änderung der Persönlichkeit nicht vorkommen; jede Umwandlung einer A.G. kann sich vielmehr nur in den Formen einer Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen an eine andere Person vollziehen. Wenn daher §. 307 Abs. 1 die Veräußerung im ganzen und die Umwandlung als gleichstehende Fälle nebeneinander stellt, statt letzteres nur als Unterfall des ersteren zu nennen, so ist man zu der Annahme gezwungen, daß in §. 307 „Veräußerung" einen beschränkteren Sinn haben soll als „Übertragung" (§. 303 Anm. Ib). — Beschlüsse, die mit dem Wesen der A.G. nicht verträglich sind, bewirken keine Umwandlung, wenn letztere nicht gewollt ist, sondern sind nichtig (R.G. XXI, 158; vgl. §. 274 Anm. Ic).

3. Insbesondere Verlegung des Sitzes in das Ausland. Die Verlegung des inländischen Sitzes in das Ausland ist ein besonderer Fall der Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform; denn die Form der ausländischen A.G. ist vom Standpunkt des deutschen Rechts eine andere als die Form der inländischen A.G. Die Verlegung ist mithin nur zulässig im Wege einer Auflösung der inländischen A.G. unter Übertragung des Vermögens im ganzen an die ausländische A.G.; schon aus diesem Grunde muß daher in solchem Fall Liquidation eintreten (§. 294 Abs. 1), da der Ausnahmefall der nur auf inländische übernehmende A.Gen. oder K.A.Gen. anwendbaren §§. 305, 306 nicht Platz greift. Ein Beschluß, den Sitz in das Ausland zu verlegen, deutet auf den Willen, die bisherige Persönlichkeit der Gesellschaft nicht untergehen zu lassen; da dies aber unzulässig, so ist er nichtig (Staub 7. Aufl. Anm. 14), er kann nicht (was R.G. VII, 70 annimmt) als Auflösungsbeschluß gedeutet und als solcher aufrecht erhalten werden. — Ob die Verlegung des Sitzes einer ausländischen A.G. in das Inland deren Auflösung nötig macht, entscheidet sich nach ausländischem Recht. Verlangt dieses nicht die Auflösung, so ist eine Umwandlung ohne Änderung der Persönlichkeit auch vom Standpunkt des inländischen Rechts nicht ausgeschlossen (dagegen Staub Anm. 14); allerdings entstehen mangels gesetzlicher Regel viele Zweifel über die näheren bei der Umwandlung zu beobachtenden Formen; diese Zweifel sind aber keine anderen als bei der vom R.G. für zulässig erachteten Umwandlung einer Gewerkschaft in eine A.G. ohne Änderung der Persönlichkeit.

f. **Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls.** Nimmt man an, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über Auflösung wegen Gefährdung des Gemeinwohls (Bd. III S. 438, 449, 467, 484, 493, 499) überhaupt neben dem B.G. §§. 43, 44 Bestand haben (Bd. III S. 439), so ist auch dies ein Auflösungsgrund mit den gewöhnlichen Folgen der Auflösung, insbesondere Liquidation (§. 294 Abs. 1) und Verteilung des überschüssigen Vermögens an die Mitglieder (§. 300). Die obige Annahme ist aber nur möglich unter der Voraussetzung, daß Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit sich voneinander unterscheiden (Bd. III S. 439).

Unterscheiden sie sich aber, so ist Entziehung der Rechtsfähigkeit (B.G. §. 43) kein Auflösungsgrund (dagegen Staub Anm. 10); der Verein besteht als nicht rechtsfähiger fort (vgl. §. 188 Anm. IIb), da sein Fortbestehen nicht durch Vorhandensein von Vermögen bedingt ist (oben Anm. Ie 1); er verliert nur sein Vermögen. Und zwar fällt mangels satzungsmäßiger Bestimmung des Anfallberechtigten das Vermögen ohne Liquidation an den Fiskus des Bundesstaats des Vereinssitzes, wenn die A.G. nach ihrer Satzung nicht ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder diente (B.G. §. 45 Abs. 3, §§. 46, 47; dagegen Simon Z. f. H. Bd. 49 S. 18); anderenfalls findet Liquidation und Verteilung des Vermögens an die Aktionäre statt; nur im letzteren Fall kann dann in Frage kommen, ob — was wohl anzunehmen — die Sonderbestimmungen des H.G.B. §§. 295—302 auch auf diesen Fall entsprechend anwendbar sind oder lediglich die allgemeinen Vorschriften des B.G. §§. 45, 47—53 zur Anwendung kommen.

Entziehung der Befugnis zum Gewerbebetrieb ist kein Auflösungsgrund (Staub Anm. 10, Pinner Anm. III 4d), wie auch bei Entstehung nur als Ordnungsvorschrift das Vorhandensein der etwa notwendigen staatlichen Genehmigung für den Gegenstand des Unternehmens erfordert ist (§. 195 Anm. If 12).

g. **Wegfall oder Unmöglichwerden des Gegenstandes des Unternehmens?** Dies ist kein Auflösungsgrund (O.L.G. Stuttgart v. 30. Dezbr. 1887 Z.f.H. Bd. 40 S. 477, Pinner Anm. III 4d, M. 240). Ebenso nicht der Verkauf des betriebenen Geschäfts (O.L.G. Stuttgart a. a. O.), es sei denn bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§. 303 Abs. 1; vgl. §. 298 Anm. IIb). Bei der A.G. hat weder ein einzelner Aktionär noch eine Mehrheit von Aktionären ein dem §. 133 entsprechendes Recht auf Auflösung wegen wichtigen Grundes (M. 240); bezüglich der K.A.G. vgl. §. 330 Anm. Ic.

II. **Auflösung** der Gesellschaft. Vgl. §. 131 Anm. II. Auch bei der Aktiengesellschaft hat die Auflösung als solche nicht die Bedeutung einer alsbaldigen Beendigung aller mit der Gesellschaft zusammenhängenden Beziehungen; die besondere juristische Person besteht vielmehr fort, bis die Erschöpfung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens zu der Auflösung hinzukommt (R.O.H. XIX, 163, 195, XXII, 137, 243, R.G. XV, 103, XLI, 95; vgl. §. 131 Anm. II); erst dann tritt das „Aufhören" oder die „Vollbeendigung der Gesellschaft" ein (R.G. v. 20. März 1900 J.W. 413). Die sofortige Beendigung der selbständigen Persönlichkeit erfolgt mithin nur in denjenigen Fällen, in denen die Auflösung mit der sofortigen liquidationslosen Übertragung des Gesellschaftsvermögens an einen anderen zusammenfällt. — Von der Auflösung zu unterscheiden sind Entziehung der Rechtsfähigkeit (vgl. oben Anm. If) und Nichtigerklärung (§. 309).

III. **Fortbestehen** (= Fortsetzung) der Gesellschaft. Vgl. §. 131 Anm. III, §. 307.

§. 293. **Anmeldung der Auflösung.**

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. Art. 243 Abs. 1. **Entw. I** §. 266. **Entw. II** §. 284.

§. 293.

I. **Anmeldepflichtig** ist der Vorstand (§. 234 Anm. Ic). Ist nicht mehr die zur Vertretung berechtigende Zahl von Vorstandsmitgliedern vorhanden, so ist wohl trotz erfolgter Auflösung zunächst der Vorstand zu ergänzen (§. 296 Anm. Ib).

II. **Anzumeldende Thatsache.** Vgl. §. 143 Anm. I. Anzumelden ist die Auflösung (§. 292 Anm. II) der Gesellschaft. Nicht jedoch, falls die Auflösung durch Konkurseröffnung erfolgt; die Eintragung der Konkurseröffnung hat dann von Amtswegen zu erfolgen gemäß

§§. 32, 6 H.G.B., §. 112 K.O. — Über die Anmeldung des **Erlöschens der Firma** bestimmt nicht §. 293, sondern §. 31 Abs. 2, §. 302 Abs. 1. Nach §. 304 Abs. 5, §. 306 Abs. 1 erlischt die Firma einer A.G. kraft Gesetzes mit der Eintragung des Beschlusses einer Übertragung des Vermögens der A.G. als ganzes an das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband oder an eine andere A.G. oder an eine K.A.G. gegen Gewährung von Anteilen der übernehmenden Gesellschaft, in beiden Fällen wenn gleichzeitig das Unterbleiben der Liquidation vereinbart ist. Da in diesen Fällen an die Eintragung des Beschlusses das Gesetz unmittelbar das Erlöschen der Firma knüpft, so ist hier eine besondere Anmeldung des Erlöschens der Firma nicht für erforderlich zu erachten, vielmehr die Firma von Amts wegen zu löschen. — Über die Anmeldung der ersten Liquidatoren vgl. §. 296.

III. **Form der Anmeldung.** Vgl. §. 12 Anm. I. Die Anmeldung hat bei den Registergerichten aller Niederlassungen stattzufinden (§. 13 Abs. 1).

IV. **Wirkung der Eintragung.** Die allgemeinen Regeln des §. 15 finden Anwendung; die Auflösung tritt mithin ein, wennselbst keine Eintragung folgt, und nur Dritten gegenüber ist die Eintragung oder Nichteintragung erheblich. Nimmt man an, daß unter Umständen in einem Auflösungsbeschluß eine Satzungsänderung liegen kann (dagegen §. 292 Anm. Ib 4), so würde in jenen Fällen die strengere Regel des §. 277 Abs. 3 Platz greifen.

II. Liquidation (§§. 294—302).

§. 294.

Notwendigkeit. Rechtsverhältnisse während Liquidation.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen die Vorschriften der vorausgehenden Titel zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

A.D.H. — (vgl. Art. 244 a). **Entw. I** §. 267. **Entw. II** §. 285.

§. 294.

I. **Liquidation.**

a. **Notwendigkeit.** Bei der offenen Handelsgesellschaft kann durch Beschluß der Gesellschafter die gesetzliche Regel der Liquidation ausgeschlossen werden (§. 145 Anm. IIa, IIIa). Im Gegensatz hierzu schreibt §. 294 Abs. 1 für die Aktiengesellschaft vor, daß hier die Liquidation die notwendige, weder durch Beschluß der Generalversammlung noch selbst durch Zustimmung aller Aktionäre zu beseitigende Folge der Gesellschaftsauflösung ist (vgl. Denkschr. 162). Ausnahmen sind nur anerkannt für den Fall des Konkurses (§. 294 Abs. 1), in welchem nie „Liquidation" eintritt, und für den Fall einer Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen, wobei zwar in der Regel die Liquidationsvorschriften mit gewissen Maßgaben zur Anwendung kommen (§. 303 Abs. 3), aber in bestimmten Fällen die Liquidation ganz ausgeschlossen werden kann (§. 304 Abs. 1, §. 306 Abs. 1, Ges. betr. G. m. b. H. §. 80). Auch für den Fall der Einziehung oder des Aufgebens aller Anteilrechte muß eine Ausnahme von der Regel des Eintretens der Liquidation zugestanden werden (§. 292 Anm. Id). — Die Vorschriften über Liquidation kommen zur entsprechenden Anwendung auch in bestimmten Fällen der Abwickelung ohne vorherige Auflösung, nämlich bei Nichtigkeit der Gesellschaft (§. 311) und wohl unter Umständen auch bei Entziehung der Rechtsfähigkeit

(§. 292 Anm. If). — Die Wiederaufhebung einer begonnenen Liquidation durch Generalversammlungsbeschluß ist unzulässig außer in den Fällen des §. 307 Abs. 1 (§. 307 Anm. II).

b. **Gegenstand** der Liquidation ist die Abwickelung der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten und zu den Aktionären. Vgl. §. 145 Anm. IIb.

c. **Wirkung**; insbesondere bezüglich etwaiger Änderung der Rechte aus bestehenden Verträgen. Vgl. §. 145 Anm. IIc, B.G. §. 321. Über den Einfluß der Liquidation auf die Prokura vgl. §. 48 Anm. Ib, §. 298 Anm. Ih.

d. **Beendigung**. Vgl. §. 156 Anm. IV, §. 302 Abs. 4.

II. **Während Liquidation zur Anwendung kommende Vorschriften.** Vgl. §. 156. Soweit die Vorschriften zur Anwendung kommen, treten überall die Liquidatoren an die Stelle des Vorstandes und der Vorstandsmitglieder (§. 298 Abs. 2), da der Vorstand während Liquidation nicht fortbesteht (unten Anm. IIc 1). — Der §. 294 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar auch in den Fällen, in denen die Auflösung der Gesellschaft die Liquidation nicht zur Folge hat, für die Zeit, während deren Gesellschaftsvermögen noch vorhanden und die Firma nicht erloschen ist (Denkschr. 162).

a. **Vorschriften des ersten Titels. Allgemeine und Gründungsvorschriften.**

1. **§§. 178—185 H.G.B.** Grundkapital, Haftung der Gesellschafter, Mindestnennbetrag, Unterzeichnung der Mitgliedscheine, Satzungsinhalt, Aktienarten, Ausgabebetrag, Aktiengattungen. Anwendbar. Über die Art der Bestellung und Zusammensetzung der Liquidatoren braucht jedoch die Satzung nichts zu bestimmen, da die entsprechende Anwendung des §. 182 Abs. 2 Ziff. 4 durch §. 295 ausgeschlossen ist.

2. **§§. 186—208 H.G.B.** Gründungsvorschriften. Anwendbar, soweit die vor Eintritt der Liquidation erfolgte Gründung auf die spätere Zeit hinauswirkt. Da die Liquidation nur nach Auflösung einer entstandenen Gesellschaft erfolgen kann, so muß bei Eintritt der Liquidation die Gründung stets bereits abgeschlossen sein. Anders bei entsprechender Anwendung der Liquidationsvorschriften gemäß §. 311.

3. **§. 209 H.G.B.** Nichtige Mitgliedscheine. Anwendbar.

b. **Vorschriften des zweiten Titels. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Gesellschaft.**

1. **§. 210 H.G.B.** Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft. Eigenschaft als Handelsgesellschaft. Anwendbar. Die Rechtsfähigkeit erlischt nicht bereits mit der Auflösung (§. 292 Anm. II). Ebensowenig die Eigenschaft als Handelsgesellschaft (zweifelnd Simon, Bilanzen §. 120 Anm. 22). Mithin auch nicht die Eigenschaft als Kaufmann (§. 6 Abs. 1, §. 1 Anm. IIG, R.O.H. XXII, 329, Staub §. 292 Anm. 2; dagegen Simon, Bilanzen §. 120).

2. **§. 211 H.G.B.** Kapitaleinlagen. Anwendbar.

3. **§. 212 H.G.B.** Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs. Anwendbar mit der Maßgabe, daß auf die Zeit nach Auflösung entfallende Leistungen nur noch in demselben Umfange gefordert werden dürfen wie im Falle der Auflösung durch Konkurseröffnung.

4. **§. 213 H.G.B.** Vermögensrechte der Aktionäre. Anwendbar mit der Maßgabe, daß (vgl. §. 299 Abs. 2, Denkschr. 163) Gewinnverteilung während Liquidation nicht stattfindet.

5. **§. 214 H.G.B.** Höhe der Gewinnanteile. Unanwendbar. Auch der etwa erzielte Gewinn ist nicht gemäß §. 214, sondern gemäß §. 300 zu verteilen.

6. **§. 215 H.G.B.** Zinsen; Verteilung des Reingewinns. Anwendbar soweit auf Zinsen, unanwendbar (vgl. oben zu 4, 5) soweit auf Gewinnverteilung bezüglich.

7. §. 216 H.G.B. Vergütung für wiederkehrende Leistungen. Anwendbar, soweit überhaupt nach Auflösung die Einforderung wiederkehrender Leistungen zulässig ist (oben zu 3).
8. §. 217 H.G.B. Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre. Anwendbar.
9. §§. 218—220 H.G.B. Einforderung rückständiger Einlagen. Anwendbar (R.O.H. XXII, 136) mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren, selbst trotz etwaiger beschränkender Satzungsbestimmungen (R.G. XLV, 155), selbständig berechtigt sind, die Rechte der Gesellschaft aus §§. 218—220 geltend zu machen. Im einzelnen gilt dasselbe wie für den Fall des Konkurses (§. 292 Anm. I c 2); insbesondere ist die Einrede zulässig, daß die eingeforderten Einzahlungen nicht zum Zweck der Liquidation, namentlich für die Befriedigung von Gläubigern, erforderlich seien (R.G. XLV, 155; vgl. §. 292 Anm. I c 2).
10. §. 221 H.G.B. Ausschluß von Erlaß und Aufrechnung. Anwendbar.
11. §§. 222—224 H.G.B. Namenmitgliedscheine. Anwendbar. Auch nach Auflösung ist die Übertragung des Anteilrechts in gleicher Weise wie vorher zulässig.
12. §. 225 H.G.B. Mitberechtigung am Anteilrecht. Anwendbar.
13. §. 226 H.G.B. Erwerb oder Pfandnahme eigener Mitgliedscheine. Ob man die Vorschrift für anwendbar zu erachten hat, hängt davon ab, ob man annimmt, daß auch während der Liquidation ein „regelmäßiger Geschäftsbetrieb" stattfindet. Dies ist wohl zu bejahen.
14. §. 227 H.G.B. Einziehung. Da ein „verfügbarer Gewinn" während der Liquidation nicht vorhanden (oben zu 4), und eine Herabsetzung des Grundkapitals während Liquidation unzulässig ist (unten Anm. II d 2), so darf eine Einziehung während Liquidation nur stattfinden, wenn es richtig sein sollte (dagegen §. 227 Anm. II b 2), daß die für die Herabsetzung maßgebenden Vorschriften auch ohne gleichzeitige Herabsetzung anwendbar auf die Einziehung sind.
15. §§. 228—230 H.G.B. Kraftloserklärung, Umtausch beschädigter oder verunstalteter Mitgliedscheine, Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine. Anwendbar. Jedoch findet eine Verteilung von Gewinn für die Zeit nach Auflösung nicht statt.

c. **Vorschriften des dritten Titels. Verfassung und Geschäftsführung.**

1. §§. 231—242 H.G.B. Vorstand. Die Behörde des Vorstandes erlischt — abweichend von dem Fall des Konkurses (§. 292 Anm. I c 3) — mit dem Eintreten der Liquidation; sie bleibt nicht neben den Liquidatoren bestehen, sondern wird durch letztere vollständig ersetzt (Denkschr. 104, Johow XIV, 241, Staub 7. Aufl. §. 294 Anm. 3, Pinner §. 295 Anm. II gegen Rudorff zu §. 292 Abs. 1 u. §. 295 Abs. 1; vgl. R.O.H. XVI, 286). Hierauf deutet auch die Fassung der §§. 315 Ziff. 1 u. 2, 319 („oder" in Verbindung mit dem bestimmten Artikel „die"). Nicht entgegen steht §. 295 Abs. 1, denn dort sind unter „Mitglieder des Vorstandes" nur die bei Auflösung vorhanden gewesenen, nicht die jeweiligen Mitglieder verstanden (§. 295 Anm. I a). Ebensowenig §. 307 Abs. 3, da die Anmeldung der Gesellschaftsfortsetzung erst nach Einstellung der Liquidation durch den Fortsetzungsbeschluß erfolgt. Nur bei Anmeldung der Auflösung (§. 293) und bei Anmeldung der ersten Liquidatoren (§. 296) hat der frühere Vorstand als solcher auch nach Beginn der Liquidation noch zu handeln. In allen anderen Beziehungen geht schon mit dem Eintritt der Liquidation, also vor jenen Anmeldungen (§. 293 Anm. IV, §. 296 Anm. I c) die Vertretungsmacht auf die Liquidatoren über. Die §§. 231—242 sind daher während Liquidation unanwendbar auf den Vorstand, außer soweit die Anmeldungen der Auflösung und der ersten

Liquidatoren in Betracht kommen. Inwieweit sie entsprechend anwendbar auf die Liquidatoren sind, bestimmt §. 298. — Die Liquidatoren sind eine von dem Vorstand verschiedene Behörde, die gleichzeitig mit dem Erlöschen des Vorstandes neu entsteht.

2. **§§. 243—249 H.G.B.** Aufsichtsrat. Anwendbar mit der Maßgabe, daß keine Gewinnverteilung stattfindet und daß etwaige satzungsmäßige Befugnisse des Aufsichtsrats, durch welche die Liquidatoren an Flüssigmachung und Verteilung des Vermögens verhindert werden könnten, z. B. die Bindung an seine Zustimmung bei Einforderung rückständiger Einlagen (R.G. XLV, 154), in Fortfall kommen. Der Aufsichtsrat besteht auch während Liquidation fort (R.G. XLV, 154); die Bildung und Erhaltung eines beschlußfähigen Aufsichtsrats ist auch für die Zeit der Liquidation durch Strafdrohung gesichert (§. 315 Ziff. 1), es ist anerkannt, daß seiner Überwachung auch die Liquidatoren unterliegen (§. 298 Abs. 2), und sein Bestehen ist auch in anderen Vorschriften vorausgesetzt (§§. 295 Abs. 2, 299 Abs. 2). Ein den Aufsichtsratsmitgliedern zustehender Gewinnanteil giebt während Liquidation keinen Ertrag (dagegen K.G. Berlin, Bl.f.Rpfl. 1892 S. 14); dagegen ist eine nicht in Gewinnanteil bestehende Vergütung auch für die Liquidationszeit weiterzuzahlen (Staub 7. Aufl. §. 294 Anm. 3).
3. **§§. 250—259 H.G.B.** Generalversammlung. Anwendbar. Die Generalversammlung besteht nach Auflösung der A.G. fort; wie im Fall des Konkurses (§. 292 Anm. I c 3), so auch im Fall der Liquidation (R.O.H. XVI, 286, XXII, 243, R.G. III, 55). Dies ist vorausgesetzt in §§. 295 Abs. 3, 299 Abs. 2, 307 Abs. 1.
4. **§§. 260, 263—265 H.G.B.** Generalversammlungsbeschluß über Jahresbilanz, Gewinnverteilung und Entlastung. Anwendbar mit Ausnahme der auf die Gewinnverteilung bezüglichen Vorschriften (§. 299 Abs. 2), und mit der Maßgabe, daß als Regel an die Stelle der bisherigen Geschäftsjahre die Liquidationsjahre treten (§. 299 Abs. 1). Die Anwendbarkeit erstreckt sich auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz (§. 299 Anm. IV a); insbesondere unterliegt auch diese der Feststellung durch die Generalversammlung (§. 299 Anm. IV a). Für jede Liquidationsbilanz ist eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen (§. 260 Abs 2, Denkschr. 163, Simon, Bilanzen S. 453, Staub 7. Aufl. §. 299 Anm. 8, Esser §. 299 Anm. 1 gegen Pinner §. 299 Anm. II 8); sie hat nicht in höherem Maße als jedes Konto eine Beziehung zu der Gewinnverteilung (§. 260 Anm. V b), fällt mithin nicht dadurch fort, daß die Gewinnverteilung fortfällt. Auch für die Liquidationszeit folgt aus §. 260 die Notwendigkeit mindestens alljährlicher Berufung der Generalversammlung (Denkschr. 163). Dieser ist außer der Bilanz ein Geschäftsbericht der Liquidatoren mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats vorzulegen zwecks Beschaffung der nötigen Grundlagen für die Beschlußfassung über die Entlastung der Liquidatoren (Denkschr. 163) und des Aufsichtsrats.
5. **§§. 261, 262 H.G.B.** Bilanzaufstellung und Reservefonds. Nicht anwendbar (§. 299 Abs. 2). Vgl. §. 299 Anm. V.
6. **§§. 266, 267 H.G.B.** Revision der Bilanz oder der Vorgänge bei Gründung oder Geschäftsführung. Anwendbar (§. 299 Abs. 2, vgl. Denkschr. 150); auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz (§. 299 Anm. IV a).
7. **§§. 268—270 H.G.B.** Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung. Anwendbar; und zwar auch auf Ansprüche gegen Liquidatoren aus deren Geschäftsführung.
8. **§§. 271—273 H.G.B.** Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Anwendbar. Entsprechend bei Generalversammlungen vor Entstehung der A.G. §. 197 Anm. II b.

d. **Vorschriften des vierten Titels. Abänderungen der Satzung.**

1. **§§. 274–277 H.G.B.** Gemeinsame Bestimmungen. **Anwendbar.** Doch darf der Inhalt der Satzungsänderung nicht dem Zweck der Liquidation zuwiderlaufen (§. 294 Abs. 2). Eine Verlegung des Sitzes der Gesellschaft kann gültig beschlossen werden (dagegen Johow XV, 36; nur bei Zweckmäßigkeit für die Liquidation bejahend Staub 7. Aufl. Anm. 3). Ebenso — vorbehaltlich etwaiger aus einem entsprechenden Gläubigerrecht erwachsender Ansprüche — die Änderung einer Satzungsbestimmung (§. 295 Abs. 1), die gewisse Personen zu Liquidatoren bestimmt oder (Johow XV, 36) sonstige auf die Liquidation bezügliche Vorschriften enthält. Dagegen ist dem Zweck der Liquidation zuwiderlaufend, mithin nach Auflösung unzulässig z. B. die Erweiterung des Gegenstandes des Unternehmens oder die Einführung neuer Bevorrechtigungen bezw. Benachteiligungen bei Vermögensverteilung.
2. **§§. 278–291 H.G.B.** Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals. Unanwendbar (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 3; dagegen Pinner §. 292 Anm. IV 2), da die Festsetzung eines bestimmten Grundkapitals mit den Vorschriften über Gewinnverteilung zusammenhängt, mangels Gewinnverteilung (§. 299 Abs. 2) mithin die Änderung der Grundkapitalszahl zwecklos wäre. Daß der Gesetzgeber eine Erhöhung während Liquidation für nicht möglich erachtete, geht hervor aus der Nichterwähnung von „Liquidatoren" in §. 313 Ziff. 3.

e. **Sonstige Vorschriften.** Vgl. §. 156 Anm. III.

Liquidatoren. §. 295.

Die Liquidation geschieht durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden.

Auf Antrag des Aufsichtsraths oder von Aktionären, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Aktionäre haben bei Stellung des Antrags glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten Besitzer der Aktien sind.

Die Abberufung von Liquidatoren kann durch das Gericht unter denselben Voraussetzungen wie die Bestellung stattfinden. Liquidatoren, die nicht vom Gericht ernannt sind, können durch die Generalversammlung auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für welchen sie bestellt sind, abberufen werden.

A.D.H. Art. 244 Abs. 1, 2, 4. **Entw. I** §. 268. **Entw. II** §. 286.

§. 295.

I. **Berufung von Liquidatoren.**

a. **Durch Gesetz.** Vgl. §. 146 Anm. I. Das Gesetz beruft — mangels anderweiter Bestimmungen, Anm. I b, c — die Vorstandsmitglieder als Liquidatoren. Gemeint sind die bei Auflösung vorhandenen Vorstandsmitglieder. Denn wollte man dies nicht annehmen, sondern darunter die jeweiligen Vorstandsmitglieder verstehen, so würden etwaige in der Besetzung des Vorstandes eintretende Lücken stets neu ausgefüllt werden müssen; neben den Liquidatoren würde der Vorstand als getrennte Behörde — wenngleich möglicherweise in Personenvereinigung — während der ganzen Dauer der Liquidation fortbestehen, und es würden z. B. bei jeder Neu-

bestellung in der Regel doppelte Anmeldungen (§§. 234 Abs. 1, 296 Abs. 1) und Zeichnungen (§§. 234 Abs. 3, 296 Abs. 4) stattfinden müssen, was dem Willen des Gesetzgebers wohl nicht entspricht (vgl. §. 294 Anm. II c 1). War bei Auflösung der Vorstand nicht vollzählig vorhanden (wennselbst vielleicht noch in zur Vertretung berechtigender Zahl), so wird mithin anzunehmen sein, daß dann ein Eintreten als Liquidator kraft Gesetzes nicht stattfindet, auch nicht bezüglich der noch vorhandenen Mitglieder, daß vielmehr dann nur die übrigen Berufungsarten in Betracht kommen (vgl. §. 146 Anm. I, Z.f.H. Bd. 10 S. 335). Dies wohl auch, wenn es zulässig sein sollte, noch nach Auflösung zwecks Anmeldung der Auflösung oder der ersten Liquidatoren den Vorstand zu ergänzen (vgl. §. 293 Anm. I, §. 296 Anm. I b), und dies geschehen sein sollte. — Im Zweifel bleibt der bisherige Dienstvertrag (vgl. §. 231 Anm. II b) des kraft Gesetzes als Liquidator eintretenden Vorstandsmitgliedes auch für die Zukunft maßgebend (R.G. XXIV, 72).

b. **Durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß.** Vgl. §. 146 Anm. II. Die Berufung durch Beschluß ist nur möglich, soweit die Satzung nicht entgegensteht. Die gegenteilige Ansicht Rings Art. 244 Anm. 2 und Staubs 7. Aufl. Anm. 1 gegen 1. Aufl. beruht auf der Ansicht, daß nach Abs. 3 auch ein durch Satzung berufener Liquidator durch einfachen Generalversammlungsbeschluß abberufen werden könne (hiergegen unten Anm. II a). Sowohl bezüglich der Satzungsbestimmung (§. 182 Anm. I, §. 294 Anm. II d 1) wie bezüglich des Generalversammlungsbeschlusses (§. 294 Anm. II c 3, R.O.H. XVII, 45) ist unerheblich, ob sie vor oder nach Auflösung zustande gekommen sind. Beide wirken stärker als die Berufung durch Gesetz (oben Anm. I a), aber schwächer als eine Berufung durch das Gericht (unten Anm. I c; vgl. §. 295 Abs. 3 Satz 2). — Ob in der Berufung eines bisherigen Vorstandsmitgliedes als Liquidator durch Generalversammlungsbeschluß lediglich eine Bestätigung der Fortdauer des bisherigen Dienstvertrages, oder ob darin die Begründung eines neuen Dienstverhältnisses liegt, ist aus den Umständen des Einzelfalls abzuleiten (R.G. XXIV, 73). — Dem Aufsichtsrat oder einem Dritten steht kein Recht zur Ernennung von Liquidatoren zu, selbst wenn er nach der Satzung das Recht zur Ernennung der Vorstandsmitglieder haben sollte; denn eine Neubestellung von Vorstandsmitgliedern als solche findet während Liquidation nicht statt (oben Anm. I a). Auch kann dem Aufsichtsrat oder einem Dritten weder durch Satzung (§. 182 Anm. IV a) noch durch Generalversammlungsbeschluß (§. 250 Anm. V b 1; vgl. auch §. 274 Anm. I a) die Berufung von Liquidatoren übertragen werden (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 2, Pinner Anm. III, Esser Anm. 1).

c. **Durch das Gericht.** Vgl. §. 146 Anm. III.

1. Das Verfahren (vgl. §. 146 Anm. III a) ist in G.fr.Ger. §§. 145, 146 (abgedruckt vor §. 105 H.G.B.) geordnet. Der gemäß G.fr.Ger. §. 146 thunlichst zu hörende Gegner ist die Gesellschaft vertreten durch ihre gesetzlichen Vertreter (Staub 7. Aufl. Anm. 5); gesetzlicher Vertreter ist aber nicht (was Pinner Anm. IV 2 annimmt) der Vorstand (§. 294 Anm. II c 1), sondern die Liquidatoren; sind letztere nicht vorhanden, so ist die Anhörung unthunlich. Zuständig ist das Gericht des Sitzes (§. 182 Anm. IV b 2). Das Gericht kann bei der Ernennung Abweichungen von der gesetzlichen Regel der Gesamtvertretungsmacht bestimmen (§. 298 Abs. 3). — Über die Frage, ob neben dem Verfahren gemäß G.fr.Ger. §§. 145, 146 auch eine Berufung von Liquidatoren durch einstweilige Verfügung zulässig bleibt, vgl. §. 146 Anm. III a. Der Ansicht Staubs 7. Aufl. Anm. 7, daß auch gemäß B.G. §§. 29, 48 in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten das Amtsgericht Liquidatoren ernennen könne, ist nicht beizutreten; denn zwar ist B.G. §. 29 auf die Bestellung von Vorstandsmitgliedern anwendbar (§. 231 Anm. II a), aber B.G. §. 48 Abs. 1

Satz 2 Halbs. 2 gilt für die A.G. **nicht** (oben Anm. I a), ist vielmehr durch die Sondervorschriften des H.G.B. §§. 295 Abs. 1, 2 ersetzt.

2. **Antragsberechtigt** (vgl. §. 146 Anm. III b) sind sowohl der Aufsichtsrat (§. 294 Anm. II c 2), wie auch Aktionäre (§. 254 Anm. I a), deren Grundkapitalanteile zusammen ein Zwanzigstel des Grundkapitals (§. 178 Anm. II a) erreichen und deren Anteilberechtigung als seit mindestens sechs Monaten bestehend glaubhaft gemacht wird (§. 266 Anm. IV b). Über die Bestrafung einer Benutzung fremder Anteilrechte ohne Befugnis oder auf Grund entgeltlicher Leihe vgl. §. 318. Auf Antrag eines Gläubigers oder Schuldners darf das Gericht nicht gemäß §. 295 Abs. 2 einschreiten (K.G. Berlin v. 30. Juni 1890 Bl.f.Rpfl. 79).

3. **Wichtiger Grund.** Vgl. §. 146 Anm. III c.

4. **Dienstverhältnis gerichtlich bestellter Liquidatoren.** Da das Gericht nur selten geeignete Liquidatoren bereit zur Übernahme des Amtes finden würde, wenn es nicht in der Lage wäre, ihnen eine angemessene Vergütung namens der Gesellschaft zuzusichern, so muß man annehmen, daß in dem Ernennungsrecht auch das Recht zum Abschluß eines Dienstvertrages mit den zu Ernennenden namens der Gesellschaft liegt (vgl. §. 266 Anm. II; ähnlich Pinner Anm. I 3, Staub 7. Aufl. Anm. 8). Ist nichts Abweichendes festgesetzt, so sind, da Unentgeltlichkeit nicht zu vermuten, die allgemeinen Regeln des B.G. §§. 611 ff. anwendbar.

II. **Abberufung von Liquidatoren.** Vgl. §. 147 Anm. I. In der Regel wird die Berufung auf unbestimmte Zeit erfolgen. Gleichgiltig, ob auf unbestimmte oder bestimmte Zeit berufen, ist Abberufung jederzeit zulässig. Dies gilt auch bezüglich der **gerichtlich** ernannten Liquidatoren, trotzdem §. 295 Abs. 3 es nur bezüglich **anderer** hervorhebt. Über die Wirkung einer Zeitbeschränkung auf die Vertretungsmacht vgl. §. 235 Anm. I b; über die Frage, ob eine Zeitbeschränkung eintragungsfähig, vgl. §. 234 Anm. I d 1. Die Abberufung kann nur unbeschadet des Anspruchs auf vertragsmäßige Vergütung geschehen (§. 298 Anm. I a 3; vgl. §. 243 Anm. V d, §. 147 Anm. I a; ebenso Staub 7. Aufl. §. 295 Anm. 9, Pinner Anm. V 3).

a. **Durch Generalversammlungsbeschluß.** Als nicht durch **Generalversammlungsbeschluß** abberufbar sind die gerichtlich ernannten Liquidatoren hervorgehoben. Hierin liegt eine Abweichung von der entsprechenden Bestimmung bei der offenen Handelsgesellschaft (M. 242). Nach der Fassung des §. 295 Abs. 3 könnte es scheinen, daß bei der A.G. auch die durch Satzungsbestimmung berufenen Liquidatoren durch einfachen Generalversammlungsbeschluß abberufen werden können (so Ring Art. 244 Anm. 2, Staub 7. Aufl. Anm. 1, Rudorff zu §. 295 Abs. 3). Dies ist indessen doch wohl zu verneinen, den nunter Generalversammlungsbeschluß ist nur ein **giltiger** Generalversammlungsbeschluß zu verstehen, ein gegen die Satzung verstoßender Beschluß aber wäre unwirksam (vgl. auch §. 274 Anm. I c, §. 273 Anm. II b 6). In solchem Falle ist daher vorherige Satzungsänderung (§. 294 Anm. II d 1) erforderlich.

b. **Durch das Gericht.** Vgl. §. 147 Anm. III. Sowohl die sachlichen Voraussetzungen wie das Verfahren sind die gleichen wie bei **Berufung** von Liquidatoren durch das Gericht (oben Anm. I c). Auch die durch Generalversammlungsbeschluß berufenen Liquidatoren sind abberufbar durch das Gericht (Johow IX, 24).

Anmeldung, Eintragung, Zeichnung. §. 296.

Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist bei der Bestellung der Liquidatoren eine Be-

stimmung über ihre Vertretungsbefugniß getroffen, so ist auch diese Bestimmung zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung beizufügen; diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

A.D.H. Art. 244 Abs. 3. **Entw. I** §. 269. **Entw. II** §. 287.

§. 296.

I. **Anmeldung.**

a. **Anzumeldende Thatsachen.**

1. Die ersten Liquidatoren (vgl. §. 148 Anm. I a 1); jedoch nicht, wenn vom Gericht ernannt (§. 296 Abs. 3). Hierunter sind wohl die zuerst nach Auflösung berufenen Liquidatoren selbst dann zu verstehen, wenn zur Zeit der Anmeldung bereits eine Änderung stattgefunden hatte.
2. Änderung in den Personen der Liquidatoren (vgl. §. 148 Anm. I a 2); jedoch nicht, insoweit sie durch gerichtliche Ernennung oder Abberufung erfolgt (§. 296 Abs. 3). Das Gericht kann durch Ordnungsstrafen (§. 14) nur erzwingen, daß vorhandene Liquidatoren angemeldet, nicht auch, daß nicht vorhandene bestellt werden.
3. Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (vgl. §. 148 Anm. I a 3). Die Worte „bei der Bestellung" (§. 296 Abs. 1 Satz 2) können sich nur auf eine Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß beziehen. Denn im Fall der Berufung von Liquidatoren durch Gesetz (§. 295 Anm. I a) kann eine besondere „Bestellung", bei welcher eine „Bestimmung" getroffen würde, nicht vorliegen. Im Fall der Berufung durch Satzungsbestimmung mußte unabhängig vom Eintritt der Liquidation, also in der Regel schon vor diesem Eintritt, ohnedies die Anmeldung erfolgen (§. 198 Abs. 2, §. 277 Abs. 2). Im Fall der Berufung durch Gericht kann zwar eine besondere Bestimmung über die Vertretungsbefugnis gleichfalls getroffen werden (§. 298 Abs. 3), ist jedoch dann nach dem entsprechend anzuwendenden (vgl. §. 150 Anm. II c) §. 296 Abs. 3 von Amts wegen einzutragen. — Aus den Worten „bei der Bestellung" folgt also, daß für die Liquidatoren — anders als für den Vorstand (§. 234 Anm. I d 2, §. 235 Abs. 1) — auch durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß eine Abweichung von der Gesamtvertretungsmacht (mit Wirkung gegen Dritte) bestimmt werden kann (vgl. §. 298 Anm. I b 1). Ein solcher Generalversammlungsbeschluß ist jedoch nach allgemeiner Regel nur giltig, wenn er keine etwa vorhandene Satzungsbestimmung verletzt (vgl. §. 295 Anm. II a).
4. Anordnung des Aufsichtsrats auf Grund des §. 232 Abs. 2 Satz 2. Vgl. §. 234 Anm. I d 3. Erachtet man eine solche Anordnung als zulässig auch im Fall der Liquidatoren (§. 298 Anm. I b 2), so wird trotz Nichterwähnung dieses Falles in §. 296 der §. 234 insoweit entsprechend anwendbar sein (§. 298 Anm. I d).
5. Änderung einer der gemäß 3 oder 4 eingetragenen Bestimmungen (vgl. §. 148 Anm. I a 4). Zwar ist in §. 296 Abs. 1 Satz 2 und §. 298 Abs. 3 nur eine „bei" der Bestellung bezw. Ernennung getroffene Bestimmung

ausdrücklich erwähnt; doch ist dies wohl eine unbeabsichtigte Einschränkung, die sich im §. 296 aus der Zusammenstellung mit der Anmeldung der Liquidatoren, im §. 298 aus der Zusammenstellung mit dem Fall einer diesbezüglichen Satzungsbestimmung erklärt. Man wird daher anzunehmen haben, daß ein über die Vertretungsmacht erlassener Generalversammlungsbeschluß bezw. der Gerichtsbeschluß entsprechend allgemeiner Regel durch gegenteiligen Beschluß abgeändert werden kann. Dies anscheinend auch vorausgesetzt in Preuß. Handelsregisterverfügung §. 32 Ziff. 6f (Bd. III S. 400).

6. Erlöschen der Gesellschaftsfirma vgl. §. 302 Anm. III a.

b. **Anmeldungspflichtige.** Nur die Anmeldung der ersten Liquidatoren (oben Anm. I a 1) und der etwa bei ihrer Bestellung beschlossenen Abweichungen von der Gesamtvertretungsmacht (vgl. oben Anm. I a 3) sind — ebenso wie die Auflösung der A.G. (§. 293 Anm. I) — vom Vorstand anzumelden. Alle sonstigen Anmeldungen sind durch die Liquidatoren zu bewirken; so auch bezüglich der im Titel 5 nicht besonders erwähnten Anmeldungen (vgl. §. 148 Anm. I b). Anmeldepflichtig sind diejenigen Personen, welche zur Zeit der Anmeldung Vorstand bezw. Liquidatoren sind, und zwar genügt bei beiden ein Mitwirken derjenigen Mitglieder, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§. 234 Anm. I c). Ist die zur Vertretung berechtigende Zahl von Vorstandsmitgliedern nicht mehr vorhanden und ist eine dem Vorstand übertragene Anmeldung zu bewirken, so ist wohl trotz erfolgter Auflösung zunächst der Vorstand zu ergänzen; die Liquidatoren sind eine von dem Vorstand zu unterscheidende Behörde (§. 294 Anm. II c 1); daher geht in solchem Fall die Anmeldepflicht und das Anmelderecht wohl nicht auf die Liquidatoren über (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 1).

c. **Wirkung der Anmeldung oder Nichtanmeldung.** Vgl. §. 148 Anm. II, §. 24 Anm. I e.

d. **Form.** Vgl. §. 12 Anm. I.

e. **Erzwingbarkeit** folgt aus §. 14.

II. **Beizufügende Urkunden.** Vgl. §. 234 Anm. II.

III. **Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht.** Die Zeichnungspflicht trifft alle Liquidatoren ohne Rücksicht auf die Art ihrer Berufung. Daß außer der Namensunterschrift auch die Firma gezeichnet werden muß, entspricht der für die Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft gegebenen Vorschrift (§. 148 Anm. III) und weicht ab von der für Vorstandsmitglieder der A.G. (§. 234 Anm. III) und für Liquidatoren der G. m. b. H. (Ges. betr. G. m. b. H. §. 67) bestehenden. — Über die Art der Zeichnung bei Abgabe von Erklärungen für die Firma bestimmt §. 153 (§. 298 Abs. 1). — Unter Firma ist auch im §. 296 Abs. 4 die Firma mit Liquidationszusatz zu verstehen.

Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger. §. 297.

Die Liquidatoren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen.

A.D.H. Art. 243 Abs. 2 (245 Abs. 3). **Entw. I** §. 270. **Entw. II** §. 288.

§. 297.

I. **Inhalt.** Vgl. §. 289 Anm. II a. Die Aufforderung geht dahin, daß die Gläubiger der Gesellschaft ihre Ansprüche anmelden mögen. Außerdem ist in die Aufforderung ein Hinweis auf die erfolgte Auflösung aufzunehmen.

II. **Zeitpunkt.** Vgl. §. 289 Anm. II b. Die Aufforderung kann vor Eintragung der

Auflösung bewirkt werden, da die Thatsache der Auflösung auch ohne Eintragung wirkt (§. 293 Anm. IV). Auch vor Eintragung der Liquidatoren (§. 296 Anm. I c). Es ist nicht vorgeschrieben, daß die Aufforderung alsbald nach Auflösung stattfinden soll (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 1); die Liquidatoren haben nach eigenem Ermessen, jedoch entsprechend ihrer Pflicht zu möglichst schleuniger Abwickelung (§. 298 Abs. 2, §. 241), den Zeitpunkt zu ermessen. Mit der dritten Bekanntmachung beginnt die Sperrzeit (§. 301 Abs. 1). Da die Regelung der Bekanntmachung im H.G.B. §. 297 abweicht von derjenigen in B.G. §. 50, so ist auch nicht anwendbar die in letzterem enthaltene Vorschrift, daß erst mit dem Ablauf des zweiten Tages nach der Einrückung die Bekanntmachung als bewirkt gelte (vgl. §. 255 Anm. II).

III. **Form.** Vgl. §. 289 Anm. II c. Die dreimalige Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern hat in der allgemein für Bekanntmachungen der Gesellschaft vorgeschriebenen Form (§. 182 Anm. IV b 7) zu erfolgen. Eine besondere Mitteilung an die bekannten Gläubiger ist — abweichend vom Falle der Herabsetzung (§. 289 Abs. 2 Satz 3) — im Gesetz hier nicht erfordert; während im Fall der Zahlung oder Befreiung infolge Herabsetzung nur die sich meldenden (§. 289 Anm. III b), sind entsprechend im Fall der Verteilung nach Auflösung auch die sich nicht meldenden bekannten Gläubiger (§. 301 Abs. 2) zu berücksichtigen (Denkschr. 162).

§. 298.

Geschäftsführung und Vertretung durch Liquidatoren.

Der Geschäftskreis der Liquidatoren sowie die Form, in welcher sie die Firma zu zeichnen haben, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§. 149, 151, 153.

Im Uebrigen haben die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes; sie unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrath.

In Ansehung der Mitwirkung sämmtlicher Liquidatoren bei Willenserklärungen für die Gesellschaft findet die Vorschrift des §. 232 Abs. 1 Satz 1 nur insoweit Anwendung, als nicht für die Liquidatoren im Gesellschaftsvertrag oder bei ihrer Ernennung ein Anderes bestimmt ist.

Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt. Die Vorschriften des §. 236 bleiben außer Anwendung.

A.D.H. Art. 244 a Abs. 1, 2, (4). **Entw. I** §. 271. **Entw. II** §. 289.

§. 298.

I. **Entsprechende Anwendbarkeit der §§. 231—242 auf Liquidatoren.** Inwieweit sonstige den Vorstand erwähnende Vorschriften entsprechend auf Liquidatoren anwendbar sind, vgl. §. 294 Anm. II.

a. §. 231 H.G.B. Vertretungsmacht; Mitgliederzahl; Widerruf der Bestellung.

1. Der §. 231 Abs. 1 (Vertretungsmacht) ist nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 149 Satz 2 (§. 298 Abs. 1). Hierüber unten Anm. II a, c. Vgl. auch die beschränkenden Worte „innerhalb ihres Geschäftskreises" in §. 298 Abs. 2.
2. Der §. 231 Abs. 2 (Mitgliederzahl) ist nicht anwendbar, da er weder über „Rechte" noch „Pflichten" des Vorstandes (§. 298 Abs. 2) bestimmt. Sachlich gilt aber das Gleiche auch für Liquidatoren. Denn obgleich in §§. 295 ff. stets die Mehrzahl „Liquidatoren" gebraucht ist, folgt doch die Möglichkeit des Vorhandenseins nur eines Liquidators bereits daraus, daß nach §. 295 Abs. 1 als Regel die Mitglieder des Vorstandes zu Liquidatoren werden, aber nach §. 231

Abs. 2 nur ein Mitglied des Vorstandes vorhanden zu sein braucht. Vgl. auch §. 146 Anm. II.

3. Der §. 231 Abs. 3 (Widerruf der Bestellung) ist anwendbar (§. 298 Abs. 2). Über die Frage, wer widerrufen darf, bestimmt §. 295 Abs. 3. Aus der Anwendbarkeit des §. 231 Abs. 3 folgt auch unmittelbar, daß die Abberufung nur unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung erfolgen kann: §. 295 Abs. 3 bestimmt nichts Gegenteiliges (§. 295 Anm. II).

b. **§. 232 H.G.B. Gesamtvertretung.**

1. Der §. 232 Abs. 1 Satz 1 (Gesamtvertretung als Regel; Ausnahme durch Satzungsbestimmung) findet Anwendung mit der Maßgabe, daß die Ausnahmebestimmung für die Liquidatoren nicht nur (wie beim Vorstand) in der Satzung, sondern auch „bei ihrer Ernennung" getroffen werden kann (§. 298 Abs. 3). Die Worte „bei ihrer Ernennung" umfassen hier sowohl den Fall der Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß, wie auch den Fall der Ernennung durch das Gericht. Zwar sind die Worte „Ernennung, ernennen" an anderen Stellen in der beschränkten Bedeutung einer Ernennung durch eine öffentliche Behörde, insbesondere das Gericht gebraucht (§§. 146 Abs. 2, 194 Abs. 1, 266 Abs. 2, 4, 267 Abs. 3, 295 Abs. 2, 296 Abs. 3, 331 Abs. 2). Indessen kommt doch auch an einer anderen Stelle eine Abweichung vor (§. 243 Abs. 3), wie andererseits auch die in der Regel nicht die gerichtliche Ernennung mitumfassenden Worte „Bestellung, bestellen" wiederholt die umfassendere Bedeutung haben (§§. 148 Abs. 2, 152, 192 Abs. 3, 268 Abs. 2, 295 Abs. 3, 302 Abs. 4, 325 Ziff. 5). Überdies geht aus §. 296 Abs. 1 Satz 2 hervor, daß auch bei Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß eine von §. 232 Abs. 1 Satz 2 abweichende Bestimmung getroffen werden kann (§. 296 Anm. Ia 3); dies würde mithin aus §. 296 Abs. 1 Satz 2 folgen, selbst wenn es nicht aus §. 298 Abs. 3 zu entnehmen wäre. — Auch die in dem Worte „bei" (vgl. §. 73 Anm.) liegende Beschränkung ist wohl eine unbeabsichtigte; es wäre kein sachlicher Grund erkennbar, warum eine erst nach Bestellung von Liquidatoren erfolgende Abänderung der Bestimmungen über ihre Vertretungsmacht unzulässig sein sollte (§. 296 Anm. Ia 5).

2. Der §. 232 Abs. 1 Satz 2, 3 und Abs. 2 (Unterermächtigung einzelner durch die Gesamtvertreter; Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft; Gesamtvertretung mit Prokuristen; Anordnung des Aufsichtsrats) sind für anwendbar zu erachten (§. 298 Abs. 2; vgl. auch §. 150 Abs. 2), da §. 298 Abs. 3 sie nicht ausschließt. Staub 7. Aufl. Anm. 10 anscheinend ebenso — außer bezüglich der Bestimmungen über Prokuristen — wenngleich er die Zulässigkeit einer Anordnung des Aufsichtsrats nicht ausdrücklich erwähnt. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Prokuristen hängt davon ab, ob man annimmt, daß mit dem Eintritt der Liquidation eine vorhandene Prokura erlischt (unten Anm. Ih).

3. Etwaige für den **Vorstand** gemäß §. 232 festgesetzte Ausnahmen von der Regel der Gesamtvertretung sind nicht anwendbar auf die Liquidatoren (ebenso Cosack §. 119 II 4a), da diese eine von dem Vorstand verschiedene Behörde sind (§. 294 Anm. IIc 1). Sollen die Ausnahmebestimmungen auch für die Liquidatoren gelten, so müssen sie für diese ausdrücklich festgesetzt werden.

c. **§. 233 H.G.B. Zeichnung.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 153 (§. 298 Abs. 1).

d. **§. 234 H.G.B. Anmeldung.** Bezüglich Änderung in den Personen der Liquidatoren und deren Zeichnung zwecks Aufbewahrung ersetzt durch §. 296; im übrigen anwendbar (§. 298 Abs. 2).

e. **§. 235 H.G.B. Beschränkung der Vertretungsbefugnis.**

1. §. 235 Abs. 1 (Verhältnis nach innen). Anwendbar (§. 298 Abs. 2, R.O.H. XXIV, 223); jedoch mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren diejenigen Beschränkungen nicht beachten dürfen, welche mit den Zwecken der Liquidation (§. 294 Abs. 2) oder den im §. 149 (§. 298 Abs. 1) auferlegten Geschäftsführungspflichten (§. 149 Anm. III) unvereinbar sind, es sei denn, daß letztere durch Generalversammlungsbeschluß mit genügender Mehrheit abgeändert sind (unten Anm. IIb). Vgl. z. B. über Beschränkungen bei Einziehung rückständiger Einlagen §. 294 Anm. IIb 9. — Nur ein die Grenzen von Gesetz und Satzung einhaltender Generalversammlungsbeschluß ist von den Liquidatoren zu beachten (R.G. VII, 108; vgl. §. 235 Anm. II).
2. §. 235 Abs. 2 (Verhältnis nach außen). Ersetzt durch den ausdrücklich für anwendbar erklärten §. 151 (unten Anm. IIa), aber mit diesem inhaltlich übereinstimmend. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren besteht jedoch überhaupt nur „innerhalb ihres Geschäftskreises" (§. 149 Satz 2, §. 298 Abs. 2). Eine Bestellung auf Zeit ist in §. 295 Abs. 3 erwähnt; vgl. jedoch §. 235 Anm. Ib.

f. **§. 236 H.G.B. Verbot von Sondergeschäften.** Nicht anwendbar (§. 298 Abs. 4).

g. **§. 237 H.G.B. Gewinnanteil.** Nicht anwendbar, da während Liquidation keine Gewinnverteilung stattfindet (§. 294 Anm. IIb 4).

h. **§. 238 H.G.B. Bestellung eines Prokuristen.** Nicht anwendbar (§. 298 Abs. 4). Über die Frage, ob eine bereits früher vorhandene Prokura durch den Eintritt der Liquidation erlischt, vgl. §. 48 Anm. Ib. Daß sie erlösche, nehmen an Staub 7. Aufl. Anm. 11 (in R.O.H. XIII, 225, welches er hierfür anführt, ist dies jedoch nicht gesagt), Cosack §. 109 III 8b, Pinner Anm. IV 8); ebenso anscheinend vorausgesetzt in Preuß. Verfügung über Führung d. Handelsregisters Anlage 6 (Bd. III S. 410) Eintragung Nr. 6 Spalte 6.

i. **§. 239 H.G.B. Buchführung.** Anwendbar (§. 298 Abs. 2, K.O. §. 244; vgl. auch §. 299).

k. **§. 240 H.G.B. Verlust in Höhe des halben Grundkapitals. Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung.**

1. §. 240 Abs. 1 (Pflicht der Anzeige an die Generalversammlung bei Verlust in Höhe des halben Grundkapitals). Die Bestimmung wird nach der allgemeinen Regel des §. 298 Abs. 2 für anwendbar zu erachten sein (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 6). Zwar kann während Liquidation die vorgeschriebene Anzeige an die Generalversammlung nicht den Zweck haben, die letztere vor die Entscheidung zu stellen, ob sie die Auflösung beschließen wolle; immerhin ist nicht ausgeschlossen, daß durch die Mitteilung andere Beschlüsse angeregt werden, so z. B. die Abberufung der Liquidatoren.
2. §. 240 Abs. 2 (Pflicht zum Konkursantrag bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung). Anwendbar (§. 298 Abs. 2, §. 315 Ziff. 2).

l. **§. 241 H.G.B. Haftung gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern.** Anwendbar (§. 298 Abs. 2; vgl. R.G. VII, 106). Zwar enthält §. 298 Abs. 2 nach seiner Fassung nur eine Gleichstellung mit dem „Vorstand", also der Behörde; gemeint ist aber auch die fernere Gleichstellung der Rechte und Pflichten der einzelnen Liquidatoren mit den einzelnen Vorstandsmitgliedern, wie z. B. aus der Hinzufügung der Ausnahme in §. 298 Abs. 4 Satz 2 hervorgeht.

m. **§. 242 H.G.B. Stellvertreter.** Die Anwendbarkeit folgt nicht aus §. 298 Abs. 2, da §. 242 weder Rechte und Pflichten der Vorstandsbehörde noch Rechte und Pflichten der Vorstandsmitglieder als solcher bestimmt. Doch erscheint es zulässig, ebenso wie für Vorstandsmitglieder, so auch für Liquidatoren Stellvertreter zu bestellen. Da nun §. 242 für den Vorstand nur etwas ohnedies Selbstverständliches bestimmt (§. 242

Anm. I), so gilt sachlich das Entsprechende auch für die Liquidatoren. Auch kann die entsprechende Anwendbarkeit des §. 242 wohl aus §. 294 Abs. 2 gefolgert werden.

II. **Die in §. 298 besonders hervorgehobenen Bestimmungen.**

a. **Geschäftskreis.** Der §. 149 enthält nicht nur Vorschriften über den Geschäftskreis (§. 149 Anm. II), sondern auch die Festsetzung einer Geschäftsführungspflicht (§. 149 Anm. III), und insbesondere in Satz 2 eine Vorschrift über die Vertretungsmacht. Da auch der in §. 298 Abs. 1 gleichfalls angeführte §. 151 weder eine Vorschrift über den „Geschäftskreis" noch eine Vorschrift über die „Form, in welcher die Firma zu zeichnen" enthält, dagegen gleichfalls nur eine Vorschrift über den Umfang der Vertretungsmacht, so wird die in dem Worte „Geschäftskreis" liegende Beschränkung als eine unbeabsichtigte anzusehen, und trotz der ungenauen Fassung des §. 298 Abs. 1 werden die ganzen §§. 149, 151, auch soweit sie nicht über den Geschäftskreis bestimmen, anzuwenden sein (oben Anm. I a 1, e 2). — Über die Stellung der Liquidatoren als vertretende Behörde vgl. unten Anm. II c.

b. **Inhalt der Geschäftsführungspflicht.** Der §. 149 sollte eine bestimmte sachliche Anweisung für die Geschäftsführung gesetzlich festlegen (§. 149 Anm. III), namentlich die Notwendigkeit der Einziehung der Forderungen (§. 149 Anm. II b) und der Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld (§. 149 Anm. II c; vgl. R.G. XLIV, 83). Für die offene Handelsgesellschaft ist aus §. 152 zu entnehmen, daß durch einstimmige Gegenanweisung der Beteiligten die gesetzliche Anweisung aufgehoben werden kann. Für die Aktiengesellschaft fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung (vgl. für früheres Recht R.O.H. XXIV, 223, R.G. III, 55). Hieraus entstehen Zweifel. Zwar ist anzunehmen, daß — soweit keine Verletzung von Gläubigerschutz-Vorschriften in Frage steht — jedenfalls ein einstimmiger Beschluß aller Aktionäre (§. 253 Anm. III) auch hier der gesetzlichen Regelung vorgeht. Dagegen ist die Frage aufzuwerfen, ob die Liquidatoren auch einen der gesetzlichen Regelung entgegenstehenden Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung beachten dürfen, sei es einen mit einfacher, sei es einen mit erhöhter Mehrheit gefaßten, oder ob derartigen Mehrheitsbeschlüssen Sonderrechte (§. 300 Anm. II b) der einzelnen Aktionäre entgegenstehen. Nur für einen Fall enthält das Gesetz eine ausdrückliche Regelung, für den Fall der Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen; für diesen Fall ist durch Erfordern einer erhöhten Mehrheit (§. 303) anerkannt, daß einerseits keine Sonderrechte entgegenstehen, andererseits aber auch nicht ein Beschluß mit einfacher Mehrheit genügt. Für andere Fälle einer Abweichung von der gesetzlichen Anweisung an die Liquidatoren ist hieraus zu schließen, daß, wenn sie weniger weitreichend sind als der vorstehend erwähnte, ihnen jedenfalls nicht ein Sonderrecht jedes einzelnen Aktionärs entgegenstehen kann (dagegen Esser §. 300 Anm. 4). Weniger weitreichend ist aber z. B. ein Beschluß, daß die ausstehenden Forderungen anders als durch Einziehung verwertet werden dürfen, oder daß (z. B. im Fall R.G. XXXIV, 57) bestimmte teilbare Vermögensstücke, ohne Umsetzung in Geld, unter die Aktionäre verteilt werden sollen. Ist für derartige Anordnungen nach Vorstehendem ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung ausreichend, so bleibt doch sehr zweifelhaft, ob hierfür einfache Stimmenmehrheit genügt (vgl. §. 298 Abs. 2, §. 235 Abs. 1) oder ob in entsprechender Anwendung des §. 303 die dort vorgeschriebene erhöhte Mehrheit gefordert werden muß. Für ersteres anscheinend Staub 7. Aufl. §. 300 Anm. 3, §. 303 Anm. 2; der letzteren Ansicht ist jedoch wohl der Vorzug zu geben (vgl. §. 303 Anm. I c). — Außerdem ist zu beachten, daß ein derartiger Beschluß jedenfalls anfechtbar ist, wenn er im einzelnen Fall die Satzung, z. B. ein in der Satzung festgesetztes Sondergattungsrecht, verletzt (§. 300 Anm. IV b). — Zu einem Verkauf einzelner Vermögensbestandteile in Bausch

und Bogen sind die Liquidatoren auch ohne Generalversammlungsbeschluß ermächtigt, außer soweit Forderungen mitverkauft werden (§. 149 Anm. II c).

c. **Vertretungsmacht.** Über die Anwendbarkeit der §§. 149 Satz 2, 151 vgl. oben Anm. II a, R.G. XLV, 154. Über Gesamtvertretung vgl. oben Anm. I b. Über Beschränkung der Vertretungsmacht vgl. oben Anm. I e 2. Die Liquidatoren stehen, ebensowenig wie der Vorstand (§. 231 Anm. II b) in einem Vertragsverhältnis zu den einzelnen Aktionären (R.G. XXIX, 5); nach außen handeln sie nicht als Bevollmächtigte der Aktionäre, sondern als Vertreter der Gesellschaft (R.O.H. XXII, 243, R.G. XLI, 95; vgl. §. 149 Anm. I a). Die Stellung der Liquidatoren als vertretende Behörde ist, wie diejenige des Vorstandes (§. 231 Anm. I, IV), nicht abänderbar durch Satzungsbestimmung (Denkschr. 127, R.O.H. X, 357).

d. **Form der Firmenzeichnung.** Vgl. §. 153. — Über die Zeichnung zwecks Aufbewahrung bei Gericht vgl. §. 296 Anm. III. Über das Erlöschen der Firma vgl. §. 302 Anm. III a.

e. **Rechte und Pflichten der Liquidatoren.** Inwieweit die einzelnen für den Vorstand gegebenen Vorschriften für anwendbar auf Liquidatoren zu erachten sind, vgl. oben Anm. I und §. 294 Anm. II. Der §. 298 Abs. 2 enthält die Regel der entsprechenden Anwendbarkeit; diese Regel soll aber nur gelten „innerhalb ihres Geschäftskreises."

f. **Überwachung durch den Aufsichtsrat.** Vgl. §. 294 Anm. II c 2. — Über die gleichfalls fortdauernde Überwachung durch die Generalversammlung vgl. §. 294 Anm. II c 3.

g. **Mitwirkung bei Willenserklärungen für die Gesellschaft.** Vgl. oben Anm. I b.

h. **Bestellung von Prokuristen.** Vgl. oben Anm. I h.

i. **Verbot von Sondergeschäften.** Vgl. oben Anm. I f. — Eine vertragliche Ausschließung von Sondergeschäften ist zulässig (Staub 7. Aufl. Anm. 12).

§. 299.

Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht; Entlastung; Revisoren.

Die Liquidatoren haben für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen; das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft kann beibehalten werden.

Die Vorschriften der §§. 260, 263 bis 267 mit Ausnahme derjenigen über die Gewinnvertheilung finden Anwendung; die Vorschriften der §§. 261, 262 bleiben außer Anwendung.

A.D.H. Art. 244a Abs. 3. **Entw. I** §. 272. **Entw. II** §. 290.

§. 299.

I. Liquidationseröffnungsbilanz.

a. **Zeitpunkt.** Hervorgehoben ist nur der Zeitpunkt „für" welchen (vgl. §. 39 Anm. III) die Bilanz aufgestellt werden soll: sie ist aufzustellen für den Zeitpunkt des Liquidationsbeginns, der in der Regel zusammenfällt mit dem Zeitpunkt der Auflösung (§. 293 Anm. IV). Wann sie aufgestellt werden soll, ist (abweichend von §. 154), nicht ausdrücklich bemerkt; aus §. 299 Abs. 2 folgt jedoch (unten Anm. IV a), daß auch auf diese Bilanz die (in der Regel dreimonatliche) Frist des §. 260 Abs. 2 Anwendung zu finden hat.

b. **Beziehung zum abgelaufenen Teil des bisherigen Geschäftsjahres.** Die Liquidationseröffnungsbilanz ist nicht gemäß den Regeln der §§. 261, 262, vielmehr nur nach

den allgemeinen Regeln der §§. 39, 40 aufzustellen (unten Anm. V). **Andererseits** schließt die Liquidationseröffnungsbilanz doch jenes kleinere Übergangsgeschäftsjahr ab; und zwar nicht nur, wenn künftig nach Liquidationsjahren gerechnet (unten Anm. III a), sondern auch wenn das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird (unten Anm. III b; a. M. Pinner Anm. III 3). Mithin ist die Liquidationseröffnungsbilanz zwar gleichzeitig eine Schlußbilanz für das mit dem Liquidationsbeginn schließende kleinere Übergangsgeschäftsjahr, aber doch keine Schlußbilanz in dem Sinne, in welchem dies Wort für die Zeit vor Auflösung gebraucht wird. Handelt es sich daher im einzelnen Fall darum, z. B. behufs Ermittelung von Gewinnanteilen der Gesellschaftsbeamten (Simon, Bilanzen §. 119 Anm. 9), festzustellen, welcher Gewinn für jenes Übergangsgeschäftsjahr hätte zur Verteilung kommen müssen, wenn Auflösung nicht eingetreten wäre, so ist dies durch eine besondere nach den Regeln der §§. 261, 262 aufzustellende Bilanz ersichtlich zu machen (vgl. Denkschr. 163). — Auch falls das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird, der Zeitpunkt des Liquidationsbeginns aber mit dem Schluß des bisherigen vollen Geschäftsjahrs zusammenfällt, ist keine besondere nach §§. 261, 262 aufzustellende Jahresbilanz neben der Liquidationseröffnungsbilanz erforderlich (dagegen Pinner Anm. III 3), denn jene Jahresbilanz wäre zwecklos, da Gewinn an die Aktionäre auf Grund derselben nicht mehr verteilt werden dürfte (unten Anm. IV c).

c. **Notwendigkeit der Inventaraufnahme.** Aus der Verpflichtung zur Aufstellung einer Bilanz für den Liquidationsbeginn folgt an sich nicht auch die Verpflichtung zur Aufnahme eines Inventars bei Liquidationsbeginn; denn nicht jede Bilanz setzt eine erneute Inventaraufnahme voraus (§. 39 Abs. 3). Da indessen, selbst im Fall der Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs, die Liquidationseröffnungsbilanz zugleich das frühere Geschäftsjahr abschließt (oben Anm. I b), folgt aus §. 39 Abs. 2 die Notwendigkeit einer Inventaraufnahme als Regel.

II. **Jahresbilanzen.** Ob die Pflicht zur Aufstellung von Jahresbilanzen während Liquidation aus der allgemeinen Vorschrift des §. 39 Abs. 2 abgeleitet werden kann, ist bestritten (vgl. §. 154 Anm. II, Simon, Bilanzen S. 451). Für die Aktiengesellschaft ist durch §. 299 Abs. 1 die Aufstellung von Jahresbilanzen während Liquidation ausdrücklich angeordnet. — Über die Schlußrechnung vgl. §. 302 Anm. II a.

III. **Geschäftsjahr.** Dies Wort ist im §. 299 Abs. 1 auch auf die Liquidationszeit bezogen; ob abweichend im §. 39 Abs. 2, ist zweifelhaft (vgl. §. 154 Anm. II, Simon, Bilanzen S. 451). Aus der Fassung des §. 299 Abs. 1 ist zu schließen, daß als Regel das Liquidationsjahr künftig an die Stelle des Geschäftsjahrs tritt, daß aber ein Abweichen von dieser Regel durch Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs zulässig sein soll.

a. **Liquidationsjahr als Geschäftsjahr.** Tritt das Liquidationsjahr an die Stelle des bisherigen Geschäftsjahrs, so ist der Teil des bei Auflösung laufenden Geschäftsjahrs von dessen Beginn bis zur Auflösung als ein kürzeres Übergangs-Geschäftsjahr (§. 260 Anm. II a) anzusehen. Die an sich für den Schluß dieses Übergangs-Geschäftsjahrs aufzustellende Jahresbilanz wird jedoch ersetzt durch die Liquidationseröffnungsbilanz (oben Anm. I b).

b. **Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs.**

1. Anordnung. Über die Frage, ob das bisherige Geschäftsjahr beibehalten werden soll, kann zwar eine ausdrückliche Entschließung herbeigeführt werden, dies ist aber nicht für notwendig zu erachten. Vielmehr haben mangels diesbezüglicher Bestimmung durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß (§. 298 Anm. I e 1) die Liquidatoren das selbständige Anordnungsrecht (ebenso Esser Anm. 3) und können daher durch stillschweigende Vorlegung einer für den Schluß des bisherigen Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz den Willen, das bisherige Geschäftsjahr beizubehalten, in genügender Weise zum Ausdruck bringen. Eine

Satzungsbestimmung, in der ein bestimmtes Geschäftsjahr festgelegt ist ohne Hinzufügung, daß dies Geschäftsjahr auch während Liquidation beibehalten werden soll, wird im Zweifel als keine Bindung für die Liquidationszeit enthaltend ausgelegt werden können.

2. Beziehung der nächsten Jahresbilanz zur Liquidationseröffnungsbilanz. Zweifelhaft kann sein, ob, falls das bisherige Geschäftsjahr beibehalten wird und der Liquidationsbeginn in die Mitte des Geschäftsjahrs fällt, die der ersten Liquidationsjahresbilanz beizufügende Gewinn- und Verlustrechnung an die letzte frühere Jahresbilanz oder ob sie an die Liquidationseröffnungsbilanz anknüpfen muß. Ist ersteres richtig, so würde in diesem Fall die Liquidationseröffnungsbilanz im Verhältnis zur folgenden Jahresbilanz nur die Eigenschaft einer Zwischenbilanz haben (so Johow XIV, 241). Dies ist jedoch wohl nicht beabsichtigt. Hat aber demnach die der ersten Liquidationsjahresbilanz zu Grunde liegende Gewinn- und Verlustrechnung selbst im Fall der Beibehaltung des bisherigen Geschäftsjahrs an die Liquidationseröffnungsbilanz anzuknüpfen, so erhält letztere auch in diesem Fall die Eigenschaft als Abschluß eines (kürzeren Übergangs-) Geschäftsjahrs (oben Anm. Ib).

3. Zeitpunkt, für welchen die erste Liquidationsjahresbilanz aufzunehmen. Wird das bisherige, z. B. von 1. Juli zum 30. Juni laufende Geschäftsjahr beibehalten, und hat die Liquidation am 1. Oktober 1902 begonnen, so fragt sich, ob die erste Jahresbilanz für 30. Juni 1903 oder erst für 30. Juni 1904 errichtet werden muß. Staub 7. Aufl. Anm. 5 nimmt letzteres an. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Selbst wenn man §. 39 Abs. 2 nicht für unmittelbar anwendbar auf Geschäftsjahre während Liquidationszeit erachten sollte (oben Anm. III Einl.), so wird doch auch §. 299 Abs. 1 dahin auszulegen sein, daß er nicht gestatten wollte, daß ein Geschäftsjahr 12 Monate überschreite. Demgemäß ist (§. 260 Anm. IIa) die Einschiebung eines zweiten kurzen Übergangs-Geschäftsjahres (1. Oktober 1902 bis 30. Juni 1903) und mithin die Aufnahme einer Jahresbilanz für den 30. Juni 1903 für erforderlich zu erachten.

IV. **Anwendung der §§. 260, 263—267.**

a. **Der §. 299 Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf die Jahresbilanzen, sondern auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz.** Dies geht schon äußerlich daraus hervor, daß in Abs. 1 beide Bilanzarten erwähnt sind und die Vorschrift der Anwendbarkeit bezw. Nichtanwendbarkeit in einem besonderen Absatz hinzugefügt ist. Die allgemeine Anwendbarkeit der §§. 260, 263—267 auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz war beabsichtigt (Denkschr. 162: „rücksichtlich aller dieser Bilanzen"). Für die Anwendbarkeit auch Simon, Bilanzen S. 446 und bezüglich der §§. 260, 263, 264 Staub 7. Aufl. Anm. 3; die gegen die Anwendbarkeit bezüglich des §. 260 in Staub Anm. 7 enthaltenen Worte sind nachträglich von Staub berichtigt. Da der §. 260 Abs. 1 und infolgedessen auch die hierauf bezugnehmenden §§. 260 Abs. 2, 263—265 und wohl auch §§. 266, 267 (§. 260 Anm. IIa, Va, §. 263 Anm. Ia, §. 265 Anm. Ib, §. 266 Anm. Ia; vgl. §. 261 Anm. III, §. 262 Anm. Ia) nur auf die Jahresbilanz der bestehenden Gesellschaft sich beziehen, ist mithin §. 299 Abs. 2 dahin zu deuten, daß sie unmittelbar auf die Jahresbilanz der aufgelösten Gesellschaft und entsprechend auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz Anwendung finden sollen.

b. **Die einzelnen Vorschriften.** Vgl. §. 294 Anm. IIc 4, 6. — Daß der Gesetzestext „263, 264 bis 267" statt „263 bis 267" lautet, hat darin seinen Grund, daß der jetzige §. 263 erst durch die Reichstagskommission an die Stelle unmittelbar vor dem jetzigen §. 264 gesetzt worden ist.

c. **Keine Gewinnverteilung.** Während der Liquidation finden Gewinnverteilungen nicht statt; die Liquidationszeit wird vielmehr in Bezug auf ihre Ergebnisse als einheitlicher

Rechnungsabschnitt behandelt (Denkschr. 163, 105). Die §§. 299 Abs. 2, 301 sind wohl dahin auszulegen, daß während Liquidation auch derjenige Gewinn nur nach Maßgabe der §§. 300, 301 verteilt werden darf, der sich für den bis zum Liquidationsbeginn reichenden Teil des damals laufenden Geschäftsjahrs aus einer für diesen Zeitpunkt nach den Regeln der §§. 261, 262 aufzustellenden Bilanz ergeben würde (so Simon, Bilanzen §. 119 Anm. 9, Staub 7. Aufl. Anm. 1).

V. **Nichtanwendung der §§. 261, 262.**

a. **Allgemeines.** Auch die Vorschrift der Nichtanwendung bezieht sich ebensowohl auf die Liquidationseröffnungsbilanz wie auf die Jahresbilanzen (oben Anm. IVa). Das Ausschließen der Anwendung der §§. 261, 262 beruht darauf, daß jene Vorschriften im wesentlichen nur den Zweck haben, zu verhindern, daß das Grundvermögen durch Verteilung eines nicht hinreichend sicheren Gewinnes gemindert werde (Denkschr. 163, §. 261 Anm. II), hier aber eine Gewinnverteilung nicht in Frage kommt (oben Anm. IVc). Jenes Ausschließen hat zur Folge, daß lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§. 39, 40 zur Anwendung kommen.

b. **Bewertung von Vermögensgegenständen.** Die Vermögensgegenstände sind zu ihrem wahren Werte einzusetzen (§. 40 Abs. 2) ohne Rücksicht auf die in §. 261 enthaltenen teils erschwerenden (Ziff. 1, 2), teils erleichternden (Ziff. 3) Vorschriften. Simon, Bilanzen S. 449 erachtet die in §. 261 Ziff. 3 enthaltene Vorschrift rechtlich für anwendbar, folgerichtig von seinem Standpunkt aus (hiergegen §. 261 Anm. VIa 2, IXb), daß jene Vorschrift keine Erleichterung gegenüber §. 40 Abs. 2 enthalte. Als in die Bilanz einzusetzender Wert kommt auch für die Liquidationsbilanzen der besondere Gebrauchs- bezw. Veräußerungswert (§. 261 Anm. VIa 1) in Betracht (Simon, Bilanzen S. 448 gegen Staub 7. Aufl. Anm. 6); nur wird für sehr wenige Gegenstände noch der Gebrauchswert, vielmehr für fast alle der Veräußerungswert einzusetzen sein, da fast alle, auch die bisherigen Betriebsgegenstände, nunmehr zur Veräußerung bestimmt sind (Simon a. a. O.). Der Gebrauchswert darf nur eingesetzt werden für die voraussichtlich noch innerhalb der Liquidationszeit aufzubrauchenden Gegenstände. Da der besondere Wert einzusetzen, so ist zu berücksichtigen, welcher Erlös sich bei der im Einzelfall in Aussicht genommenen Veräußerungsart vermutlich ergeben wird.

c. **Kosten der Verwaltung** (vgl. §. 261 Ziff. 4) können auch während Liquidation nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden (Simon S. 449).

d. **Kapitalkonten.** Zwar ist es zulässig, aber nicht gesetzlich notwendig, auch für die Zukunft die einzelnen Kapitalkonten getrennt aufzuführen. Die Summen der bisherigen Reservefonds und Bewertungskonten können dem Gewinn- und Verlustkonto zugeschrieben werden, wobei die Bewertungskonten in der Regel durch die notwendig werdenden entsprechenden Abschreibungen ihren Ausgleich finden werden. Das Grundkapitalkonto wird zweckmäßiger Weise getrennt fortgeführt. Doch kann der Betrag des Grundkapitals gleichfalls dem Gewinn- und Verlustkonto zugeschrieben werden, so daß letzteres zu einem einheitlichen Kapitalkonto der Aktionäre wird (Simon S. 447).

VI. **Ordnungsstrafen.** Vgl. §. 319 Anm. IId 7.

Verteilung. §. 300.

Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre vertheilt.

Die Vertheilung erfolgt nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so werden die auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen erstattet und

ein Ueberschuß nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge vertheilt. Reicht das vorhandene Vermögen zur Erstattung der Einzahlungen nicht aus, so haben die Aktionäre den Verlust nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge zu tragen; die noch ausstehenden Einzahlungen sind, soweit es hierzu erforderlich ist, einzuziehen.

A.D.H. Art. 245 Abs. 1. **Entw. I** §. 273. **Entw. II** §. 291.

§. 300.

I. **Berichtigung der Schulden.** Vgl. §. 301 Anm. I. Vor Verteilung müssen die zum Schutz der Gläubiger gegebenen Vorschriften des §. 301 ausgeführt sein.

II. **Verteilung des verbleibenden Vermögens.**

a. **Verbleibendes Vermögen.** Dies Vermögen umfaßt den etwaigen aus dem letzten Geschäftsjahr herrührenden aber wegen Eintritts der Liquidation nicht verteilten Gewinn (§. 299 Anm. IV c), den etwaigen Gewinn der Liquidationszeit und die durch Zuschreibung der Endbeträge der Bewertungs- und Reservekonten zum Gewinn- und Verlustkonto (§. 299 Anm. V d) freigewordenen Beträge.

b. **Recht auf Verteilung.** Vgl. §. 250 Anm. III c 8. In §. 300 Abs. 1 ist dies Recht als Sonderrecht anerkannt (Denkschr. 163, R.O.H. XVII, 46). Die Denkschr. a. a. O. bemerkt: „Daraus folgt namentlich, daß eine Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu einem anderen Zwecke als zur Verteilung unter die Mitglieder nur zulässig ist, wenn eine solche Verwendung schon in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, dem sich sämtliche Aktionäre unterworfen haben, vorgesehen war, sowie daß ein grundsätzlicher Ausschluß eines Teiles der Aktionäre von der Berücksichtigung bei der Vermögensverteilung nicht angängig ist." Der ersteren Folgerung ist zuzustimmen mit der Maßgabe, daß eine den §. 300 Abs. 1 ausschließende Satzungsbestimmung zwar auch durch S a t z u n g s ä n d e r u n g aufgenommen werden kann, jedoch nur unter Zustimmung aller hierdurch benachteiligten Aktionäre (§. 276 Anm. V a). Die zweite Folgerung, daß der grundsätzliche Ausschluß eines Teiles der Aktionäre von der Berücksichtigung bei der Vermögensverteilung unzulässig sei (R.G. VII, 34), ist nicht dahin zu deuten, daß ein solcher Ausschluß nach z w i n g e n d e m Recht unzulässig sei (hiergegen R.G. VII, 70; vgl. auch B.G. §. 45, Ges. betr. G. m. b. H. §. 72 Satz 2), sondern nur, daß diesem Ausschluß gleichfalls Sonderrechte entgegenstehen. Über die Frage, ob im Falle ungleichmäßiger Benachteiligung diese Rechte in der That als Sonderrechte oder nur als Gesamtrechte der zu Benachteiligenden aufzufassen, vgl. §. 250 Anm. III c 4, §. 275 Anm. III a. Da nach §. 300 Abs. 2 nur bei Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen eine von dem Verhältnis der Grundkapitalanteile abweichende Verteilung stattfinden soll, so führt die Frage, ob eine ungleichmäßige Verteilung auch ohne Festsetzung in der ursprünglichen Satzung stattfinden darf, auf die Frage zurück, ob eine Gattungsverschiedenheit durch Satzungsänderung eingeführt werden kann (§. 185 Anm. III). — Zweifelhaft ist, von welchem Zeitpunkt ab (nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften, §. 301) dem einzelnen Aktionär eine Klage auf Zahlung des auf ihn entfallenden Anteils an dem vorhandenen Überschusse zusteht. Das R.O.H. III, 338 und ihm folgend S t a u b 7. Aufl. Anm. 12 wollen sie gewähren, sobald der Aktionär nachweisen kann, daß ein Überschuß von teilbaren Vermögensgegenständen vorhanden ist. Dem ist wohl beizutreten, mit der Maßgabe, daß nicht die Teilbarkeit, sondern in der Regel (§. 298 Anm. II b) nur die Versilberung genügt. Hier kann nicht, wie bei Gewinnverteilung (§. 213 Anm. II c), ein unmittelbares Klagerecht auf Z a h l u n g davon abhängig gemacht werden, daß seitens der Generalversammlung ein Überschuß als verteilbar festgestellt ist, denn für eine derartige Feststellung ist die Generalversammlung nicht ausschließlich zuständig.

Von vollständiger Beendigung der Liquidation ist das Klagerecht wohl nicht abhängig (demgemäß zu berichtigen §. 250 Anm. III c 8).

c. **Verteilung.** Statt der Verteilung kann eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung desselben im ganzen beschlossen werden (§. 303). Über die Frage, ob und mit welcher Mehrheit andere Abweichungen von den Vorschriften des §. 149 Satz 1 beschlossen werden dürfen, vgl. §. 298 Anm. II b. Soweit den Liquidatoren die Aktionäre bekannt sind und die Berechtigung der letzteren nicht durch Vorlegung der Mitgliedscheine nachgewiesen zu werden braucht, also in der Regel wenn Namenmitgliedscheine ausgegeben sind (§. 223 Abs. 3), ist diesen Aktionären das Geld zu übersenden (B.G. §. 270). Soweit den Liquidatoren die Aktionäre unbekannt sind, oder nur gegen Vorlegung des Mitgliedscheins Zahlung verlangt werden kann, insbesondere also wenn Inhabermitgliedscheine ausgegeben sind, können die Liquidatoren abwarten, bis die Berechtigten sich bei ihnen melden, es sei denn, daß in der Satzung oder durch Generalversammlungsbeschluß etwas Gegenteiliges angeordnet ist. Eine Aufforderung an die Aktionäre, sich zur Empfangnahme zu melden, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben (Staub 7. Aufl. Anm. 10). Eine Bekanntmachung (§. 182 Abs. 2 Ziff. 6), in welcher die Verteilung mit angemessener Frist angeboten wird, ist jedoch für erforderlich zu erachten, um den Aktionär in Verzug zu setzen (B.G. §§. 298, 299). Nur wenn der Aktionär in Verzug ist, sind die Liquidatoren berechtigt, die nicht erhobenen Beträge zu hinterlegen (B.G. §. 273; vgl. H.G.B. §. 290 Anm. V). Sie sind nicht verpflichtet, zu hinterlegen; so lange sie aber dies nicht gethan haben, ist die Liquidation nicht beendigt (§. 302 Anm. I). — Die Aushändigung der Mitgliedscheine gegen Empfang der auf dieselben entfallenden Summen kann, selbst wenn Inhabermitgliedscheine ausgegeben sind, nicht verlangt werden (vgl. Bd. III S. 126 zu B.G. §. 797; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 11, Pinner Anm. IV; dagegen K.B. 71), weil eine Nachtragsverteilung (§. 302 Abs. 4) und sonstige nachträgliche Leistungen (z. B. Gewährung eines Stimmrechts in einer nachträglichen Generalversammlung) nicht ausgeschlossen sind. Dagegen können die Liquidatoren Quittung verlangen (B.G. §. 368) und wohl auch die Duldung eines diesbezüglichen Vermerks auf dem Inhabermitgliedschein (Staub Anm. 11; vgl. B.G. §. 368 Satz 2, Wechselordnung Art. 39 Satz 2). Für den Sonderfall der Übertragung des Vermögens im ganzen gegen Aktiengewährung ist indessen in §. 305 Abs. 3 ein Recht auf Aushändigung der bisherigen Mitgliedscheine anerkannt.

d. **Verjährung.** Auf Inhaberaktien ist B.G. §. 801 Abs. 1 und 3 entsprechend anzuwenden (Bd. III S. 127, K.B. 71); bei Namenaktien gelten die allgemeinen Regeln über Verjährung (B.G. §§. 195 ff.). Ist hinterlegt, so sind ferner zu beachten B.G. §. 382, E.G. z. B.G. Art. 145; für Preußen Ausf.Ges. z. B.G. Art. 84 II (Hinterlegungsordnung §. 58 a); bezüglich der erforderlichen Anzeige von erfolgter Hinterlegung vgl. B.G. §. 132 und für Preußen Ausf.Ges. z. B.G. Art. 84 II (Hinterlegungsordnung §. 18 Abs. 3). — Eine Abkürzung der Verjährungsfrist und bei Inhaberaktien auch der Vorlegungsfrist ist in der ursprünglichen Satzung zulässig (vgl. B.G. §§. 225, 801 Abs. 3); ob durch Satzungsänderung auch ohne Zustimmung aller einzelnen Aktionäre, ist bestritten (für Bejahung R.G. VII, 34, Esser §. 301 Anm. 4; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 4; vgl. auch §. 290 Anm. V).

III. **Verhältnis der Leistungen** in Anrechnung auf Grundkapital **zu einander.** Der §. 300 Abs. 2 und 3 unterscheidet, ob die „Einzahlungen“ auf alle „Aktien“ in demselben Verhältnis geleistet sind oder nicht.

a. **In Anrechnung auf Grundkapital.** Das in Betracht kommende Verhältnis ist dasjenige der Leistung in Anrechnung auf Grundkapital zu dem (Nenn-) Betrag des Grundkapitalanteils (§. 179 Anm. III a); nicht etwa dasjenige der bewirkten „Kapitaleinlage“ (§. 211 Anm. II) zu dem Ausgabebetrag (§. 185 Anm. I); auch nicht dasjenige der bewirkten Mitgliedschaftsleistungen überhaupt zu den versprochenen Mit-

gliedschaftsleistungen, einschließlich etwa der wiederkehrenden. Sowohl die Leistungen, welche nicht „Kapitaleinlage" (§. 211 Anm. II) sind, wie auch diejenigen, welche zwar Kapitaleinlage sind, aber in Anrechnung auf das Aufgeld (§. 184 Anm. III, §. 262 Anm. II b 1; möglicherweise in verschiedener Höhe, vgl. §. 278 Anm. VIII c) erfolgen, bleiben für die Feststellung, wieviel eingezahlt ist, hier außer Betracht. Dies ist daraus zu schließen, daß §. 300 Abs. 3 für die Frage der Erstattung des Geleisteten jene Leistungen gleichfalls nicht berücksichtigt (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 8; dagegen Pinner Anm. III 3). — „Aktie" steht in §. 300 Abs. 3 im Sinne von Grundkapitalanteil (§. 179 Anm. III a). Unerheblich ist daher z. B., ob Aktienurkunden oder Interimsscheine ausgegeben sind (R.G. XXXIII, 16).

b. **Einzahlungen.** Die nur für „Einzahlungen" gegebene Vorschrift ist entsprechend auch auf erfolgte Nichtbareinlagen anzuwenden (vgl. §. 179 Anm. VI, §. 217 Anm. I a, §. 311 Anm. VI, andererseits auch §. 195 Anm. IV a, §. 218 Anm. I); doch sind nicht die eingebrachten Gegenstände als solche herauszugeben (vgl. §. 298 Anm. II b), vielmehr nur in Geld ihr Einbringungswert (vgl. B.G. §. 733 Abs. 2). Ist nur eine Teilleistung erfolgt, so ergiebt sich deren Einbringungswert aus dem Verhältnis des wahren Werts der versprochenen vollen Nichtbareinlage zu dem (Nenn-) Betrag des dafür gewährten Grundkapitalanteils. — Bei Nichtbareinlagen wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die ganze Einlage in Anrechnung auf Grundkapital, kein Teil derselben als Aufgeld geleistet ist. — Nur auf die Höhe der bewirkten Leistungen kommt es an, nicht auf die Höhe der Einforderungen.

IV. **Verteilungsverhältnis.**

a. **Gesetzliche Regel.**

1. Falls die Leistungen in Anrechnung auf Grundkapital (oben Anm. III) in **gleichem** Verhältnis bewirkt sind, so hat die Verteilung im Verhältnis der „Aktienbeträge", d. h. der Beträge der Grundkapitalanteile (§. 179 Anm. III a) zu erfolgen (§. 300 Abs. 2).
2. Falls die Leistungen in Anrechnung auf Grundkapital (oben Anm. III) in **verschiedenem** Verhältnis bewirkt sind, so kommen zunächst diese bewirkten Leistungen zur Erstattung, ein Überschuß aber sowie ein Fehlbetrag sind nach dem Verhältnis der Nennbeträge zu verteilen (§. 300 Abs. 3, Denkschr. 164). Dieser (im Gegensatz zum Entwurf I angenommene) Grundsatz entspricht der Regelung der Gewinnverteilung in §. 214 Abs. 2, und ist bereits früher vom R.G. XXXIII, 17 gebilligt. Er ist als zweckmäßig ausführlicher begründet bei Simon in H. Makower u. Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 49. — Nur die „auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen" (oben Anm. III) sind vorweg zu erstatten. — Über die Frage, inwieweit nach Auflösung der Gesellschaft rückständige Einlagen eingezogen werden können, vgl. §. 292 Anm. I c 2, §. 294 Anm. II b 9. Der §. 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 ist nur aufzufassen als eine sachliche Regelung der Verteilung. Durch denselben sollte klargestellt werden, daß einerseits die bisherige Nichtbewirkung der Einzahlung nicht schütze vor anteiliger Tragung des Verlustes, und daß andererseits die Liquidatoren nicht mehr einziehen sollen als für die Zwecke der Ausgleichung des Verlustes unter den Aktionären erforderlich ist. Beträgt z. B. der Verlust 50000 Mk., hatten 100 Aktionäre Lit. A. je 1000 Mk., andere 100 Aktionäre Lit. B nur je 500 Mk eingezahlt, so sollen hiernach nicht von den Aktionären Lit. B. die ganzen fehlenden 50000 Mk. beigetrieben und hiervon dann jedem der 200 Aktionäre 250 Mk. gezahlt werden; vielmehr sind von den Aktionären Lit. B. nur 25000 Mk. beizutreiben und diese den Aktionären Lit. A. zu zahlen. Die Fassung des §. 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 sollte nicht etwa die Beweislast bezüglich der Frage, ob die Einziehung „erforderlich",

regeln. In dieser Beziehung bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen; die Behauptung, daß die Einlagen rückständig seien, ist genügende Begründung der Klage, und nur eine Einrede, daß die Einziehung nicht erforderlich sei, ist zulässig (§. 294 Anm. I c 2). Die Liquidatoren haben bei Bemessung des einzuziehenden Betrages auch die Möglichkeit des Eintretens weiterer Verluste bei Einziehung, insbesondere die Möglichkeit von Ausfällen zu berücksichtigen. Derartige Verluste sind wiederum im Verhältnis der Aktienbeträge auf alle Aktionäre zu verteilen, jedoch — da anderenfalls stets ein Rest bleiben würde — unter Nichtzählung derjenigen, deren Zahlungsunfähigkeit sich herausgestellt hat (vgl. Genossenschaftsges. §. 105 Abs. 3).

b. **Ausnahme.** Eine Abweichung von der gesetzlichen Regel ist nur insoweit zulässig (dann aber auch geboten), als dies aus der verschiedenen diesbezüglichen Berechtigung vorhandener Aktiengattungen (vgl. §. 185 Anm. II b) folgt. Dies ist im Gesetz nur für den Fall des §. 300 Abs. 2 ausgesprochen, gilt aber in gleicher Weise auch für den Fall des §. 300 Abs. 3. — Über die Frage, ob die verschiedene Berechtigung bereits in der ursprünglichen Satzung festgesetzt sein muß, vgl. §. 185 Anm. III, §. 300 Anm. II b. Über den Ausdruck „Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung" vgl. §. 185 Anm. I c. Die Verletzung eines solchen durch Satzung verbrieften Sondergattungsrechts durch einen Generalversammlungsbeschluß, in welchem eine andere Art der Verwertung des Gesellschaftsvermögens (§. 298 Anm. II b) festgesetzt wird, bewirkt die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses (§. 250 Anm. III c 10, §. 303 Anm. II b, R.G. XIV, 134; vgl. §. 185 Anm. II b).

Sperrzeit.

§. 301.

Die Vertheilung des Vermögens darf nur erfolgen, wenn seit dem Tage, an welchem die im §. 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist.

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

A.D.H. Art. 245 Abs. 2, 3. **Entw. I** §. 274. **Entw. II** §. 292.

§. 301.

I. **Befriedigung oder Sicherung der Gläubiger.**

a. **Befriedigung.** Die Liquidatoren sind zu gleichmäßiger Berücksichtigung aller bekannten Gläubiger verpflichtet (R.G. VII, 108). Zwar ist nicht vorgeschrieben, daß jede einzelne Zahlung immer nur verhältnismäßig auf alle Forderungen verteilt werden dürfe; aber die Liquidatoren dürfen doch den einzelnen Gläubiger über jenen Verhältnissatz hinaus nur befriedigen, wenn sie zugleich bei sorgfältiger Prüfung zu der Annahme gelangen können, daß sie auch für die anderen Gläubiger ausreichende Masse haben (R.G. VII, 109). Durch Leistung einer Zahlung (auch einer nur verhältnismäßigen), nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat, machen sich die Liquidatoren unmittelbar den Gläubigern ersatzpflichtig (§. 241 Abs. 3 Ziff. 6, §. 298 Anm. I b), durch Nichtanmeldung des Konkurses auch strafbar (§. 315 Ziff. 2). Die benachteiligten

Gläubiger haben kein Ausgleichungsrecht gegenüber den bevorzugten (Pinner Anm. V 3); doch können unter Umständen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Anfechtung gegeben sein (Staub 7. Aufl. Anm. 8). — Unbekannte Gläubiger bleiben unberücksichtigt; werden sie demnächst bekannt, so sind sie, wenn das Vorhandensein ausreichender Masse zweifelhaft wird, bei späteren Zahlungen vorweg mit dem an andere Gläubiger bereits gezahlten Verhältnissatz zu berücksichtigen (vgl. K.O. §. 155). Erst die erfolgte Verteilung, nicht bereits der Ablauf des Sperrjahres, bewirkt den Ausschluß von Gläubigern (R.O.H. XIX, 161, R.G. v. 26. Febr. 1886 J.W. 119 Nr. 26). Ist die Verteilung vollständig in gesetzmäßiger Weise beendet, so kann ein erst später sich meldender, bis dahin unbekannt gebliebener Gläubiger nicht mehr auf Zahlung klagen; auch in diesem Falle hat jedoch die Gesellschaft zu beweisen, daß verteilbares Vermögen nicht mehr vorhanden ist (R.O.H. XIX, 164). Dagegen Behrend §. 140 IV und Staub 7. Aufl. Anm. 2, welche annehmen, daß erst für die Zwangsvollstreckung das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen in Betracht komme; indessen wohl mit Unrecht, da sobald kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden, eine zu verklagende juristische Person nicht mehr besteht (§. 292 Anm. II). Unter welchen Umständen durch das Eintreten der Liquidation der Inhalt von Verbindlichkeiten eine Änderung erleidet, vgl. §. 145 Anm. II c.

b. **Hinterlegung.** Nicht nur die infolge der Aufforderung (§. 297) sich meldenden, sondern auch die sich nicht meldenden bekannten Gläubiger sind zu berücksichtigen; auch an die letzteren ist die Zahlung oder sonstige Leistung zu bewirken. Nur wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden, ist der geschuldete Betrag für den Gläubiger zu hinterlegen. Eine Berechtigung zur Hinterlegung ist nur vorhanden, wenn entweder der Gläubiger im Annahmeverzuge ist, oder wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann (B.G. §. 372). Zwar nennt §. 301 Abs. 2 als Voraussetzung der Hinterlegung, daß es sich um einen „bekannten Gläubiger" handelt, so daß es scheinen könnte, als wenn der letzte in B.G. §. 372 erwähnte Fall (Ungewißheit über die Person des Gläubigers) hier nicht in Betracht käme. Gemeint ist jedoch in §. 301 Abs. 2 nicht sowohl, daß die Person des Gläubigers, als daß das Bestehen einer unstreitigen und fälligen Schuld bekannt sei (dagegen Pinner Anm. IV 2). Dies ergiebt sich aus der Vergleichung des Abs. 2 mit Abs. 3, in welchem letzteren ausdrücklich nur auf die Art der Schuld, nicht auf die Persönlichkeit des Gläubigers Gewicht gelegt ist. — Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten, welche geschuldet werden, sind unmittelbar zu hinterlegen (B.G. §. 372), andere Gegenstände zunächst gemäß B.G. §§. 383 ff. zu versilbern. — Nach der Fassung des §. 301 Abs. 2 („ist") könnte es scheinen, daß wenn eine Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden, auch eine Verpflichtung hierzu bestehe (so Staub 7. Aufl. Anm. 5); gemeint ist jedoch wohl nur, daß wenn nicht die Leistung bewirkt werde, hinterlegt werden müsse, daß also bei Vorhandensein der Hinterlegungsberechtigung den Liquidatoren die Wahl zwischen Leistung und Hinterlegung des Geschuldeten freisteht, und nur ein Drittes, insbesondere das Behalten in eigener Verwaltung, ausgeschlossen werden sollte.

c. **Sicherheitsleistung**, also (B.G. §§. 232 ff.) nach Wahl des Sicherheit Leistenden Hinterlegung oder Bestellung von beweglichen, unbeweglichen oder Forderungspfändern, nötigenfalls Stellung eines Bürgen, hat nach §. 301 Abs. 3 vor Verteilung zu erfolgen, insoweit entweder die Berichtigung der Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder die Verbindlichkeit streitig ist. Nicht ausführbar ist z. B. die Berichtigung

einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit während Schwebens der Bedingung, oder die Berichtigung einer betagten Verbindlichkeit, wenn ausnahmsweise (B.G. §. 271 Abs. 2) der Gläubiger die Leistung nicht vor Fälligkeit anzunehmen braucht und die Annahme weigert. Das von Pinner Anm. IV 2 und Staub 7. Aufl. Anm. 4 erwähnte Beispiel einer Schuld auf im Verkehr befindliche Inhaberpapiere gehört wohl nicht hierher, sondern fällt unter §. 301 Abs. 2, da die Berichtigung der Schuld an sich ausführbar und nur die Person des Gläubigers ungewiß ist. — Die Vorschrift des Abs. 2 unterscheidet sich von derjenigen des Abs. 3 dadurch, daß, während Abs. 2 die Hinterlegung ausdrücklich gebietet, diese also auszuführen ist sobald genügende Masse zu gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger vorhanden ist, der Abs. 3 an sich die Sicherheitsleistung nicht gebietet, sondern sie nur als Voraussetzung für die Verteilung von Vermögen an die Aktionäre hinstellt. Im Fall des Abs. 3 sind daher — außer soweit etwa die Voraussetzungen eines Arrestes vorliegen — die Liquidatoren nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet; sie dürfen vielmehr den fraglichen Betrag in eigener Verwaltung behalten; nur eine Verteilung vor Sicherheitsleistung darf nicht erfolgen. — Unter „Sicherheit" ist eine solche in voller Höhe, also bei bestrittenen Forderungen in Höhe der behaupteten Forderung zu verstehen; wenn möglich, muß jede Gefährdung der Ansprüche des Gläubigers ausgeschlossen werden (L.G. Hamburg v. 8. Novbr. 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 547); es genügt nicht (was Pinner Anm. IV 3 annimmt), daß die Liquidatoren nur in derjenigen Höhe Sicherheit leisten, in welcher sie den Anspruch nach pflichtmäßigem Ermessen für nicht grundlos halten. Die hiernach erforderliche Höhe der Sicherheit ist in erster Reihe von den Liquidatoren zu ermessen (K.B. 28), nötigenfalls vom Prozeßrichter zu bestimmen.

d. **Nachträgliche Verwaltungsausgaben.** Weder unter §. 301 Abs. 2 noch unter §. 301 Abs. 3 (a. M. Rudorff zu §. 302) fallen diejenigen Verbindlichkeiten, welche erst durch nach Liquidationsbeendigung vorzunehmende Verwaltungshandlungen entstehen (z. B. §. 302 Abs. 1, 2: Gerichts- und Verwahrungskosten); für diese ist von den Liquidatoren ein Bauschbetrag in eigener Verwaltung zurückzubehalten.

II. **Sperrzeit.** Vgl. §. 289 Anm. IVc. Die Sperrzeit ist in doppelter Weise bestimmt; sie läuft erst ab, wenn jede der zwei Voraussetzungen erfüllt ist:

a. **Zeitablauf.** Seit dem Tage, an welchem die im §. 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum dritten Mal stattgefunden hat, muß ein Jahr verstrichen sein. Für die Berechnung der Frist ist maßgebend B.G. §. 187 Abs. 1, §. 188 Abs. 2 (vgl. auch H.G.B. §. 255 Anm. II, §. 297 Anm. II).

b. **Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten.** Die Verteilung darf nicht erfolgen, bevor die Schulden entweder berichtigt sind (§. 300 Abs. 1) oder soweit Hinterlegung (§. 301 Abs. 2) oder Sicherstellung (§. 301 Abs. 3) stattgefunden hat.

III. **Folgen einer Verteilung vor Ablauf der Sperrzeit.** Vgl. §. 289 Anm. IVd. Unter „Verteilung des Vermögens" sind in §. 301 nur diejenigen Zahlungen verstanden, welche an die Aktionäre in Anrechnung auf ihren Mitgliedsanspruch auf einen Vermögensbruchteil erfolgen; hierunter fallen daher nicht Zahlungen an Aktionäre zur Befriedigung wegen eines Gläubigeranspruchs (vgl. §. 289 Anm. IVa). Verbotene Zahlungen können unter Umständen strafbar nach §. 312 sein; die Zahlung kann das Entstehen von Ersatzansprüchen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegen Liquidatoren (§ 241 Anm. IIIc 5, §. 298 Anm. I 1, R.O.H. XIX, 162, R.G. VII, 110) und Aufsichtsratsmitglieder (§. 249, §. 294 Anm. IIc 2) bewirken. Sie bewirkt ferner das Entstehen von Ansprüchen etwa vorhandener Gesellschaftsgläubiger gegen die Aktionäre, welche die Zahlung empfangen, selbst wenn diese Aktionäre gutgläubig sind (§. 217 Anm. Id 2); die verbotene Verteilung ist daher zwar nicht nichtig (Staub 7. Aufl. Anm. 10), aber doch unwirksam gegenüber etwaigen nicht durch Befriedigung oder gemäß §. 301 Abs. 2 oder 3 berücksichtigten Gesellschaftsgläubigern (B.G. §. 135). — Über die Zulässigkeit

einstweiliger Verfügungen bei Bevorstehen gesetzwidriger Verteilungen vgl. §. 289 Anm. IVd.

§. 302. **Beendigte Liquidation.**

Ist die Liquidation beendigt und die Schlußrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der Gesellschaft sind an einem von dem Gerichte des Sitzes der Gesellschaft zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren zu hinterlegen.

Die Aktionäre und die Gläubiger können zur Einsicht der Bücher und Papiere von dem Gericht ermächtigt werden.

Stellt sich nachträglich noch weiteres der Vertheilung unterliegendes Vermögen heraus, so hat auf Antrag eines Betheiligten das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die bisherigen Liquidatoren erneut zu bestellen oder andere Liquidatoren zu berufen.

A.D.H. Art. 245 Abs. 4, 246. **Entw. I** §. 275. **Entw. II** §. 293.

§. 302.

I. **Beendigung der Liquidation.** Vgl. §. 156 Anm. IV. Nicht schon mit der Auflösung als solcher (§. 292 Anm. II), sondern erst mit der Beendigung der Liquidation erlischt die juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaft („Aufhören", „Vollbeendigung", R.G. v. 20. März 1900 J.W. 413). Die Liquidation ist beendigt erst, wenn alle Bestandteile des Gesellschaftsvermögens verwertet sind (R.G. XV, 103). Die Schulden müssen — soweit der Bestand reicht — berichtigt, oder es muß für dieselben unter Ausschluß der Rücknahme (B.G. §. 378) hinterlegt sein (§. 301 Abs. 2); hat nur Sicherstellung (§. 301 Abs. 3) stattgefunden, so ist die Liquidation noch nicht beendet, da dann über die zwecks Sicherung verpfändeten Vermögensgegenstände noch nicht endgiltig verfügt ist. Die Verteilung des Überschusses an die Aktionäre muß gleichfalls beendet sein, entweder durch Bewirken der Leistung oder durch Hinterlegung unter Ausschluß der Rücknahme (§. 300 Anm. IIc). — Stellt sich nachträglich noch weiteres der Verteilung unterliegendes Vermögen heraus, so wird hierdurch festgestellt, daß die frühere Annahme, die Liquidation sei beendet gewesen, eine irrtümliche war; das Verhältnis ist nicht etwa dahin aufzufassen, daß dann eine ganz neue Liquidation beginnt. Entscheidend dafür, daß eine Beendigung noch nicht stattgefunden hat, ist die Thatsache des Vorhandenseins von Gesellschaftsvermögen; selbst trotz etwaigen Beendigungsbeschlusses der Generalversammlung oder Eintragung der Beendigung im Handelsregister (R.G. XLI, 96).

II. **Legen der Schlußrechnung.**

a. **Schlußrechnung.** Abweichend von dem Fall der offenen Handelsgesellschaft (§§. 154, 155 Abs. 1; weil dort noch Verrechnung unter den Gesellschaftern folgen kann) ist für die Aktiengesellschaft nicht eine „Schlußbilanz", sondern eine „Schlußrechnung" vorgeschrieben. Die Schlußrechnung ist keine Bilanz (Simon, Bilanzen §. 121; dagegen Pinner Anm. II); darunter ist vielmehr wohl die Gewinn- und Verlustrechnung für die Zeit seit der zuletzt gelegten Gewinn- und Verlustrechnung (§. 294 Anm. IIc 4) bis zur Liquidationsbeendigung einschließlich der bereits vorher (vgl. §. 302 Abs. 1) zu bewirkenden Verteilung zu verstehen. — Die Vorlegung einer besonderen Bilanz neben der Schlußrechnung ist wohl darum nicht für erforderlich erachtet, weil sie — nach erfolgter Verteilung — auf der Aktivseite nur noch einen mit Null auszuwerfenden

Posten für unverwertbare Aktiva, allenfalls außerdem noch einen zurückbehaltenen Bauschbetrag für künftige Auslagen, und auf der Passivseite entweder keinen Posten oder nur einen Posten „Verlorener Teil des Grundvermögens" aufweisen könnte (vgl. Simon, Bilanzen §. 121).

b. **Wem zu legen?** Nicht dem einzelnen Aktionär, sondern der Generalversammlung ist die Rechnung (oben Anm. II a) zu legen (§. 260 Abs. 2, §. 294 Anm. II c 4, Bolze Bd. 1 Nr. 1190; vgl. R.G. XXXIV, 57). Die Generalversammlung kann in weiterem Umfange als es während bestehender Gesellschaft zulässig (§. 231 Anm. II b) Aufklärung über Einzelheiten verlangen, da geschäftliche Rücksichten, aus denen eine Geheimhaltung erforderlich wäre, jetzt nicht mehr bestehen (Simon, Bilanzen §. 121). Nimmt man an, daß die Schlußrechnung eine Gewinn- und Verlustrechnung ist, so folgt ferner, daß die Generalversammlung die Schlußrechnung nicht zu genehmigen, sondern nur von ihr Kenntnis zu nehmen hat (§. 260 Anm. V b).

c. **Entlastung.** Aus §. 260 Abs. 1, §. 299 Abs. 2 ist abzuleiten, daß die Generalversammlung über die Entlastung der Liquidatoren auch für die Zeit, über welche die Schlußrechnung gelegt ist, zu beschließen hat (ebenso Pinner Anm. II; abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 4). Über das Sonderrecht auf Nichtentlastung vor Rechnungslegung vgl. §. 250 Anm. III c 11.

III. **Anmeldung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma.** (Dies erachtete schon nach früherem Recht für erforderlich Staub Art. 25 §. 1 gegen Johow III, 24, V, 35).

a. **Erlöschen der Firma.** Vgl. §. 157 Anm. II a. Aus §. 302 Abs. 1 ist zu entnehmen, daß mit der Liquidationsbeendigung (oben Anm. I) das Erlöschen der Firma ohne weiteres eintritt (vgl. auch §. 31 Anm. III). Sie erlischt auch mit der Eintragung eines Beschlusses über Veräußerung des Vermögens im ganzen ohne Liquidation (§. 304 Abs. 5, §. 306 Abs. 1; vgl. §. 308). Bei der A.G. ist jedoch nicht minder als bei der offenen Handelsgesellschaft (§. 157 Anm. II a) eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma zulässig (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 6); in diesem Fall tritt kein Erlöschen der veräußerten Firma ein. — Über die von Auflösung bis zur Liquidationsbeendigung zu führende Liquidationsfirma vgl. §. 298 Anm. II d.

b. **Anmeldung.** Vgl. §. 157 Anm. II b. Anmeldepflichtig sind die Liquidatoren; doch genügt ein Mitwirken derjenigen, deren Mitwirken auch für sonstige Vertretungshandlungen genügt (§. 234 Anm. I c; dagegen Rudorff). Die Anmeldung ist erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 14); nötigenfalls ist das Erlöschen von Amts wegen einzutragen (§. 31 Abs. 2). Anzumelden ist nach §. 302 Abs. 1 das „Erlöschen der Firma", nicht die „Beendigung der Liquidation". So auch, wenn die ursprüngliche Firma veräußert ist und daher nicht erlischt (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 6); es erlischt in diesem Fall die seit Veräußerung der ursprünglichen Firma geführte sonstige Firma (§. 157 Anm. II a). Bezüglich der Prüfungsbefugnis des Registerrichters gelten die allgemeinen Regeln (§. 12 Anm. II); der Registerrichter hat mithin in der Regel die Richtigkeit der angemeldeten Thatsache nicht nachzuprüfen. Demgemäß kann er — mangels besonderer Vorschriften — auch nicht fordern, daß der Anmeldung bestimmte Urkunden beigefügt werden (a. M. Pinner Anm. III, Staub 7. Aufl. Anm. 6, welche die Beifügung der genehmigten Schlußrechnung verlangen). Auch nicht, daß ihm der Ablauf des Sperrjahrs nachgewiesen werde (a. M. Pinner und Staub a. a. O.); letzteres um so weniger, da z. B. bei Nichtvorhandensein verteilbaren Vermögens die Liquidation sehr wohl vor Ablauf der Sperrzeit beendet sein kann, und die Sperrzeit nicht die Beendigung, sondern nur die Verteilung hindern soll (vgl. entsprechend §. 289 Anm. IV d), und da es willkürlich wäre, zwar den Nachweis der einen (§. 301 Anm. II a), nicht aber auch den der zweiten (§. 301 Anm. II b) Voraussetzung des Ablaufs der Sperrzeit zu fordern.

c. **Eintragung.** Die Eintragung und Bekanntmachung (§. 10, Denkschr. 164) hat nur erklärende Wirkung (§. 15 Anm. III, R.G. XLI, 96).

IV. **Aufbewahrung der Bücher und Papiere.**

a. **Bücher und Papiere.** Das Wort „Bücher" ist oft gleichbedeutend mit „Handelsbücher" gebraucht (vgl. §. 38 Abs. 1, §. 43 Abs. 2, §. 46 Satz 2); nicht aus dem Gebrauch des Worts „Bücher" (worauf Staub 7. Aufl. Anm. 9 und Pinner Anm. V Gewicht legen) ist mithin abzuleiten, daß auch auf diejenigen Bücher, welche nicht Handelsbücher sind, der §. 302 Abs. 2 u. 3 sich bezieht. Dies folgt indessen schon daraus, daß dergleichen Bücher doch jedenfalls unter den Begriff „Papiere" fallen. Über die in Betracht kommenden Arten von Büchern und Papieren vgl. §. 38 Anm. I b, §. 222 Anm. II c. — Der §. 302 Abs. 2 und 3 bezieht sich nur auf diejenigen Bücher und Papiere, welche bei Beendigung der Liquidation sich in Verwahrung eines Liquidators oder eines Dritten für die Gesellschaft befinden (R.G. XLIII, 134); eine Hinterlegung hat mithin nicht stattzufinden z. B. bezüglich derjenigen Bücher und Papiere, welche mit dem Handelsgeschäft veräußert sind (§. 22 Anm. I d; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 10).

b. **Anordnung des Gerichts.** Das Verfahren ist geregelt durch G.fr.Ger. §§. 145, 146. Der Antrag ist durch die Liquidatoren in zur Vertretung berechtigender Zusammensetzung (§. 234 Anm. I c) zu stellen. Sie können hierzu durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§. 319 Abs. 1), sind auch bei Unterlassung schadensersatzpflichtig (§. 241 Abs. 2, §. 298 Anm. I l).

c. **Hinterlegung an sicherem Ort.** Aus den hinzugefügten Worten „an sicherem Ort" folgt, daß nicht ein Hinterlegen im Sinne des B.G. §§. 372 ff. (bei Hinterlegungsstelle), sondern im Sinne des B.G. §§. 688 ff. (Verwahrungsvertrag) gemeint ist. Das Gericht kann daher auch Niederlegung bei einem Speditör oder bei einem der Liquidatoren anordnen, wenn der betreffende Ort ihm genügend sicher erscheint. Die etwaigen Kosten der Aufbewahrung (B.G. §§. 689, 699) gehen zu Lasten der Gesellschaft (P. 367); die Liquidatoren haben bei Verteilung einen entsprechenden Betrag zurückzubehalten (Staub 7. Aufl. Anm. 8, oben §. 301 Anm. I d).

d. **Dauer der Aufbewahrung.** Zweifelhaft ist, wann die zehnjährige Aufbewahrungsfrist beginnt. Der Wortlaut des §. 302 Abs. 2 würde dahin deuten, daß die Dauer der Hinterlegung zehn Jahre betragen solle, die Frist also erst mit der Hinterlegung beginne. Staub 7. Aufl. Anm. 9 nimmt an, daß die Frist mit der Beendigung der Liquidation zu laufen beginne; indessen ist dies aus dem Wortlaut des §. 302 nicht zu entnehmen und würde, da der Zeitpunkt der Beendigung schwer feststellbar, unzweckmäßig sein. Man könnte auch aus dem Zusammenhang des §. 302 Abs. 2 mit Abs. 1 ableiten wollen, daß die Frist mit der Eintragung des Erlöschens der Firma beginnen. Da indessen nach keiner dieser Richtungen der §. 302 Abs. 2 eine klare Entscheidung trifft, so wird der Ansicht der Vorzug zu geben sein, daß der §. 302 Abs. 2 lediglich auf die allgemeine Aufbewahrungsfrist des §. 44 verweisen wollte, daß mithin die Frist mit dem Tage der letzten Eintragung in die Bücher beginnt.

V. **Einsicht der Bücher und Papiere.**

a. **Aktionäre und Gläubiger** können zur Einsicht ermächtigt werden. „Aktionär" (§. 211 Anm. I a, §. 254 Anm. I a) ist nach stets festgehaltenem Sprachgebrauch nur der jedesmalige Anteilberechtigte (vgl. §. 218 Anm. V a, und für die Zeit nach Auflösung z. B. §. 295 Abs. 2, §. 300); Personen, die früher Anteilberechtigte waren, können daher als solche nicht die Einsichtnahme beanspruchen (Staub 7. Aufl. Anm. 11, Esser Anm. 3 gegen Pinner Anm. V, Behrend §. 140 Anm. 48). „Gläubiger" sind auch diejenigen jetzigen oder früheren Anteilberechtigten, welche Gläubigerrechte (§. 250 Anm. IV) erworben haben.

b. **Ermächtigung des Gerichts.** Über das Verfahren bestimmt G. fr. Ger. §§. 145, 146. „Kann" vgl. §. 140 Anm. IIb; das Gericht hat zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse des Antragstellers glaubhaft gemacht ist; das Einsichtsrecht soll nicht zu dem Zweck mißbraucht werden, die Vermögensinteressen Dritter, die mit der A.G. in Geschäftsverbindung standen ohne Not bloßzustellen (M. 244). Die Feststellung, daß ein genügendes rechtliches Interesse des Antragstellers nicht glaubhaft gemacht sei, ist thatsächlicher Art (Johow III, 90); eine auf jene Feststellung gegründete Abweisung des Antrages trotz sofortiger Beschwerde (G. fr. Ger. §. 146 Abs. 2) ist daher nicht angreifbar durch weitere Beschwerde (G. fr. Ger. §. 27). Bezüglich des Orts, der Gefahr und der Kosten der Vorlegung zur Einsichtnahme ist B.G. §. 811 entsprechend anwendbar. Auf Grund der Ermächtigung kann der Ermächtigte bei Weigerung des Verwahrers gegen diesen auf Gestattung der Einsicht klagen oder eine einstweilige Verfügung beantragen. Staub 7. Aufl. Anm. 14 nimmt an, daß in Preußen daneben auch nach Art. 17 Preuß. G. fr. Ger. durch besondere Verfügung des Amtsgerichts, in der Regel nach vorheriger Androhung, die unmittelbare Vollstreckung gestattet werden könne. Dem ist jedoch nicht beizustimmen (§. 319 Anm. IV).

c. **Einsichtnahme.** Aus dem Recht der Einsicht folgt die Berechtigung zu eigenen schriftlichen Aufzeichnungen des Inhalts (Johow VII, 100) und eigener Entnahme vollständiger Abschriften. Über die Zulassung von Vertretern bei Einsicht vgl. §. 118 Anm. IIc 3.

VI. **Liquidationserneuerung.** Der §. 302 Abs. 4 ist vom Reichstag bei der zweiten Lesung angenommen; der Regierungsvertreter bemerkte, daß aus der Geltung für die A.G. nichts geschlossen werden dürfe für die Behandlung ähnlicher Verhältnisse nach Abschluß der Liquidation bei einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sten. Ber. 101).

a. **Nachträgliches Sichherausstellen weiteren der Verteilung unterliegenden Vermögens.**

1. Sichherausstellen. Dies ist sowohl denkbar in der Weise, daß unbekannt gebliebene Vermögensstücke nachträglich ermittelt werden, wie auch in der Weise, daß für wertlos gehaltene Vermögensstücke nachträglich Wert erhalten.
2. Vermögen. Alle Arten von Vermögensgegenständen können in Betracht kommen, auch Rückgriffansprüche gegen Aktionäre, an die zu Unrecht verteilt ist, oder gegen Gesellschaftsbeamte; besonders häufig wird es sich um bedingte, für wertlos gehaltene Forderungen handeln. Bei den für wertlos gehaltenen Vermögensstücken wird nicht schon durch den Nachweis, daß dieses Vermögensstück (z. B. ein Forderungsrecht) an sich vorhanden, sondern erst durch den Nachweis, daß es inzwischen wertvoll geworden, die Voraussetzung dargethan, daß verteilbares Vermögen sich herausgestellt habe. So genügt z. B. bei den unter Ausschluß der Rücknahme hinterlegten Beträgen (§. 300 Anm. IIc, §. 301 Anm. Ib) nicht der Umstand, daß trotzdem ein bedingtes Rückforderungsrecht verbleibt (B.G. §. 382), zum Nachweis des Vorhandenseins von Vermögen. Dagegen genügt der Nachweis, daß die dreißigjährige Frist des B.G. §. 382 abgelaufen ist, ohne daß der Gläubiger sich gemeldet hat, wenngleich die Gesellschaft dann erst noch zu erwägen hat, ob sie das Rückforderungsrecht ausüben will, und von Dritten nicht hierzu gezwungen werden kann (B.G. §. 377). — In nachträglicher Ermittelung einer Gesellschaftsschuld liegt keine Ermittelung von Vermögen der Gesellschaft (Staub 7. Aufl. Anm. 16).
3. „Der Verteilung unterliegend" ist hier nur im Sinne von „verwertbar" gebraucht; die Bestimmung des §. 302 Abs. 4 findet Anwendung sowohl wenn eine „Verteilung" (an die Aktionäre) darum ausgeschlossen ist, weil vorweg ein Gläubiger zu befriedigen ist (Staub 7. Aufl. Anm. 16), sondern auch, wenn nach der Satzung überhaupt keine Verteilung zu geschehen hat. Durch jene Worte sollte wohl nur ausgeschlossen werden, daß — so lange nachträgliche Verwaltungs-

ausgaben noch entstehen können — es zulässig sei, den Antrag des §. 302 Abs. 4 nur auf das Vorhandensein derjenigen Beträge zu stützen, welche von den Liquidatoren absichtlich zur Deckung der notwendigen nachträglichen Verwaltungsausgaben (§. 301 Anm. I d) zurückbehalten worden sind.

b. **Eröffnungsverfahren.**

1. Antrag eines Beteiligten. Beteiligter kann ein Gläubiger oder ein Aktionär sein (Staub Aufl. 7 Anm. 17); das Wort ist also hier in anderem Sinne gebraucht als in §§. 146 ff. (§. 146 Anm. III b). Aber z. B. auch ein früherer Liquidator oder ein Übernehmer des Gesellschaftsvermögens im ganzen ohne Liquidationsausschluß.
2. Gerichtliches Verfahren. Maßgebend ist G.fr.Ger. §§. 145, 146. Das Gericht kann die bisherigen oder andere Personen zu Liquidatoren ernennen. Fallen sie demnächst fort, so hat das Gericht auch die Ersatzmänner zu ernennen.
3. **Eintragung.** Der §. 296 Abs. 3 ist dahin auszulegen, daß auch bei Liquidationserneuerung die gerichtliche Ernennung von Liquidatoren von Amts wegen einzutragen ist. Eine Vorschrift, daß außerdem die „Erneuerung der Liquidation" einzutragen (hierfür Sten.Ber. 101, Staub 7. Aufl. Anm. 20), besteht nicht; eine solche Eintragung wäre nicht gerechtfertigt, da auch nicht die „Beendigung der Liquidation" einzutragen ist (§. 302 Anm. III b). Höchstens kommt in Frage, ob die Eintragung des Erlöschens der Firma rückgängig zu machen und ob dies von Amts wegen zu bewirken oder die Anmeldung durch die Liquidatoren abzuwarten ist. Eine Vorschrift hierüber fehlt; insbesondere ist nicht der Fall des G.fr.Ger. §. 142 gegeben, da zur Zeit der Firmenlöschung deren wesentliche Voraussetzung, die Wertlosigkeit aller bekannten unverteilten Vermögensgegenstände, vorlag. Man wird indessen wohl anzunehmen haben, daß von Amts wegen die Wiedereintragung der Firma zu bewirken ist, als selbstverständliche Folge der Neuernennung von Liquidatoren. Die Firma ist keine „neue" im Sinn des §. 30; andererseits kann die Neueintragung auch nicht zur Beeinträchtigung der in der Zwischenzeit erworbenen Firmenrechte anderer führen.

c. **Führung und Beendigung.** Die Liquidationserneuerung bewirkt nicht das Inslebentreten einer neuen juristischen Person oder neuer Rechtsverhältnisse; vielmehr bewirkt die Ernennung neuer Liquidatoren nur die Wiederherstellung der Vertretungsbehörde, die für das Handeln der erloschen geglaubten, aber in Wahrheit nie erloschen gewesenen ursprünglichen juristischen Person erforderlich ist (R.G. XLI, 96; vgl. §. 293 Anm. II). Die erneuerte Liquidation ist daher nichts als eine Fortsetzung der früheren Liquidation (dagegen Sten.Ber. 101) von dem Punkte ab, bei welchem die früheren Liquidatoren ihre Thätigkeit eingestellt haben. Alle die Liquidation betreffenden Vorschriften sind daher auch auf die erneuerte Liquidation anwendbar. Jedoch so, daß was während Liquidation nur einmal zu geschehen braucht und bereits früher erfolgt ist (z. B. die drei Aufforderungen und das Abwarten eines Jahres vor Verteilung), nicht nochmals geschehen muß. Aus diesem Grunde sind auch die neuen Liquidatoren gesetzlich nicht verpflichtet, eine Liquidationseröffnungsbilanz aufzustellen (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 21), wenngleich dies zweckmäßig sein wird; die Pflicht zur Aufstellung von Jahresbilanzen bleibt auch für sie bestehen, wobei die während der früheren Liquidation beobachteten Abrechnungsjahre bis zu etwaiger Abänderung beizubehalten sind. Die Liquidation muß dann nochmals unter Beobachtung der Vorschriften des §. 302 Abs. 1—3 beendet werden (Staub 7. Aufl. Anm. 22).

III. Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen (§§. 303—306).

Allgemeine Regeln. §. 303.

Eine Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war.

Die Vorschriften der §§. 294 bis 302 kommen mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel mit sich bringt. Die Ausantwortung des Vermögens an den Uebernehmer darf nur unter Beobachtung der für die Vertheilung unter die Aktionäre nach den §§. 297, 301 geltenden Vorschriften stattfinden.

A.D.H. — (vgl. Art. 215 Abs. 4). **Entw. I** §. 276. **Entw. II** §. 294.

§. 303.

I. **Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen.**

a. „**Verwertung durch Veräußerung.**" Diese Worte stehen, soweit erkennbar, an Stelle von „Veräußerung." Die Erwähnung der „Verwertung" hat wohl keine besondere Bedeutung, zumal der in §. 303 Abs. 1 erwähnte Beschluß auch vor Auflösung gefaßt werden kann (§. 303 Abs. 2). Das Wort „Verwertung" kehrt denn auch in den folgenden Paragraphen nicht wieder.

b. „**Veräußerung.**" Dies Wort ist gleichbedeutend mit „Übertragung" (vgl. z. B. B.G. §. 925, ferner Denkschr. 165: „Übertragung", H.G.B. §. 305 Abs. 1: „übertragen", §. 305 Abs. 2: „Vermögensübertragung", §. 308: „Übergang ihres Vermögens"), es bezeichnet nur die Einigung über den Übergang des Rechts (Eigentum, Forderung, u. s. w.) auf den Erwerber ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis; es enthält in §. 303 Abs. 1 nicht etwa eine Beschränkung auf ein kaufähnliches Geschäft. In letzterer beschränkteren Bedeutung wird allerdings dasselbe Wort an anderen Stellen gebraucht (vgl. §. 124 Anm. II b). So z. B. in §. 307 Abs. 1; denn da eine Umwandlung einer A.G. in eine andere Gesellschaft nie anders als durch Auflösung der ersteren stattfinden kann (§. 292 Anm. I e 2) und von einer „Umwandlung" unter diesen Umständen nicht wohl die Rede sein kann, wenn nicht wenigstens das Gesellschaftsvermögen als Ganzes übergeht, so ist auch die Auflösung „zwecks Umwandlung" nur ein Unterfall einer bezweckten Veräußerung im Sinn des **§. 303**, während doch in **§. 307** Veräußerungszweck und Umwandlungszweck als etwas Verschiedenes nebeneinandergestellt sind, in §. 307 mithin „Veräußerung" in beschränkterer Bedeutung gebraucht sein muß als in §. 303. — Unter „Veräußerung" ist nur eine Übertragung zu Eigenbesitz, nicht auch eine Übertragung zu Fremdbesitz (z. B. zu Pacht) verstanden (Pinner Anm. II 2); über letzteren Fall vgl §. 275 Anm. II b.

c. **Im ganzen.** Es muß daran festgehalten werden, daß §. 303 nur den Fall betrifft, in welchem das ganze Vermögen ohne Ausnahme übertragen werden soll (dagegen

Staub 7. Aufl. Anm. 2); denn sonst wären die auf §. 303 Bezug nehmenden Vorschriften der §§. 304, 306 nicht erklärlich, da noch unverteilte Vermögensstücke der aufgelösten Gesellschaft zurückbleiben würden. Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob §. 303 entsprechend auch auf andere Fälle anwendbar ist, in denen bei Übertragung des ganzen Vermögens bestimmte einzelne Vermögensstücke (z. B. einzelne Forderungen) ausgenommen werden. Eine entsprechende Anwendung des §. 303 (und des §. 305) auf solche Fälle ist zu bejahen (§. 298 Anm. II b), nicht aber auch eine entsprechende Anwendung der §§. 304, 306. — Sollen nur einzelne Vermögensbestandteile (z. B. das Handelsgeschäft) in Bausch und Bogen übertragen werden, so ist §. 303 auch nicht entsprechend anwendbar, es sei denn, daß Forderungen mitübertragen werden sollen (§. 298 Anm. II b).

II. **Nur zulässig auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung.** Der Beschluß ist zulässig sowohl vor wie nach Auflösung der Gesellschaft (§. 303 Abs. 2).

a. Beziehung des Beschlusses zur Übertragung.

1. Die näheren Vertragsbedingungen müssen feststehen. Nach dem Wortlaut des §. 303 Abs. 1 könnte es scheinen, als ob ein Beschluß des Inhalts genüge: „Der Vorstand wird ermächtigt, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu übertragen." Dies ist jedoch nicht gemeint (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 8), wie schon daraus hervorgeht, daß kein Grund vorläge, die Gesellschaft als durch einen derartigen Beschluß sofort aufgelöst zu erachten (§. 303 Abs. 2), auch in Fällen, in denen z. B. noch gar kein Übernehmungslustiger vorhanden wäre. Aus §. 304 Abs. 2 („auch . . . solche Vereinbarung") und noch klarer aus §. 305 Abs. 2 („der von der Generalversammlung . . . genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung") geht denn auch hervor, daß der Gesetzgeber nicht eine derartige einseitige Ermächtigung, vielmehr die Zustimmung zu einem in seinen Einzelheiten bereits feststehenden Vertrage im Auge hatte.
2. Übertragungsvertrag. Nicht gemeint ist, worauf gleichfalls der Wortlaut des §. 303 Abs. 1 deuten könnte, daß die Übertragung selbst durch einen Generalversammlungsbeschluß bedingt sei. Der §. 303 Abs. 1, 2 behandelt überhaupt nicht die Übertragung, sondern den der Übertragung zu Grunde liegenden Vertrag (bezw. Einlegungsversprechen; §. 305 Anm. I b), durch den die Gesellschaft sich zur Übertragung verpflichtet (vgl. B.G. §. 311). Richtig daher §. 305 Abs. 2: „Vertrag über die Vermögensübertragung", §. 304 Abs. 3: „Vertrag." Ein Beschluß des in §. 303 behandelten Inhalts — abweichend von den in §§. 304 und 306 behandelten Beschlüssen — bewirkt keinen Gesamtübergang des Vermögens, ist vielmehr nur die Grundlage für einzelne Übertragungshandlungen bezüglich der einzelnen Vermögensbestandteile; für diese einzelnen Übertragungshandlungen aber sind keine besonderen Generalversammlungsbeschlüsse erforderlich.
3. „Auf Grund." Im Zusammenhang mit dem zu 2 Erörterten steht, daß auch die Worte „auf Grund" nicht glücklich gewählt sind. Sollen sie, wie es nach dem Wortlaut des §. 303 Abs. 1 anzunehmen, besagen, daß der Beschluß vor der Übertragung liegen muß, so wäre dies zwar richtig, wenn man unter „Übertragung" die einzelnen Übertragungshandlungen verstehen wollte, die aber §. 303 Abs. 1 nicht behandelt, sondern §. 303 Abs. 3 als „Ausantwortung" zusammenfaßt; gegenstandslos dagegen, wenn man unter „Übertragung" einen Gesamtübergang versteht, denn — abgesehen von den Ausnahmefällen der §§. 304, 306 — ist ein Gesamtübergang gesetzlich unmöglich. Aber auch auf eine bestimmte Reihenfolge zwischen Beschluß und Übertragungsvertrag können die Worte „auf Grund" nicht deuten sollen (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 8). Denn wenn hiernach §. 303 Abs. 1 vorschreiben würde, daß zuerst die Generalversammlung beschließen und später der Vorstand bezw. die Liquidatoren mit dem Dritten den

Vertrag schließen sollen, so würde aus §. 305 Abs. 2 („genehmigte“, B.G. §. 184) gerade die umgekehrte Reihenfolge als vorausgesetzt zu entnehmen sein, während endlich §. 304 Abs. 2 („Zustimmung,“ B.G. §. 182) mit Recht (§. 250 Anm. V c 2) beide Möglichkeiten offen läßt. Hiernach ist §. 303 Abs. 1 Satz 1 dahin auszulegen: „Ein Vertrag, durch welchen die Gesellschaft sich zur Übertragung ihres Vermögens im Ganzen verpflichtet, bedarf der Zustimmung der Generalversammlung.“

b. **Inhalt des Beschlusses** ist die Zustimmungserklärung der Gesellschaft zu dem Vertragsentwurf. Der Vertrag wird in der Regel auch die Gegenleistung des Übernehmers festsetzen; hierbei kann sowohl bedungen werden, daß der Übernehmer unmittelbar an Gläubiger (vgl. B.G. §. 419) oder Aktionäre leiste, wie auch, daß er an die Gesellschaft zu leisten habe (vgl. R.G. XLI, 86); in ersterem Fall liegt ein Vertrag über Leistung an Dritte (B.G. §§. 328ff.; vgl. auch H.G.B. §. 235 Anm. III c 2) vor (Staub 7. Aufl. Anm. 3). Der Beschluß ist kein Satzungsänderungsbeschluß, ist daher mit Recht nicht mehr (wie im früheren Art. 215 A.D.H. geschehen war) mit Satzungsänderungsbeschlüssen zusammengestellt (Denkschr. 154). Er ist nach allgemeiner Regel unzulässig, soweit sein Inhalt, insbesondere Einzelbestimmungen des Übertragungsvertrages, Gesetz oder Satzung verletzen, z. B. insoweit Sonderrechte entgegenstehen oder (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 20) durch Satzungsbestimmung derartige Beschlüsse für unzulässig erklärt sind. — Für zulässig ist zu erachten, den Zustimmungsbeschluß nur als aufschiebend bedingten oder betagten zu fassen, z. B. als betagt durch die Eintragung des gleichzeitigen Liquidationsausschließungsbeschlusses (vgl. §. 304 Anm. II), oder durch die Eintragung des Grundkapitalerhöhungs-Beschlusses der Übernehmerin (§. 305 Anm. II) oder — sei es gleichzeitig mit einem unbedingten Auflösungsbeschlusse, sei es nach erfolgter Auflösung — betagt bezw. bedingt durch den Ablauf der an jene Auflösung anknüpfenden Sperrzeit. Auf letztere Weise läßt sich die Schwierigkeit umgehen, daß die unmittelbare Haftung des Übernehmers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unter Umständen früher beginnt als die Zulässigkeit einer Übertragung des Vermögens (unten Anm. IV b).

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.** Vgl. §. 275 Anm. II c. Der Beschluß als solcher bedarf keiner Anmeldung zum Handelsregister (vgl. jedoch unten Anm. III a).

III. **Wirkungen des Beschlusses.**

a. **Auflösung der Gesellschaft.** War zur Zeit des Beschlusses die Gesellschaft noch nicht aufgelöst, so bewirkt der Beschluß die Auflösung (§. 303 Abs. 2) und in der Regel (unten Anm. III b) den Eintritt der Liquidation (§. 303 Abs. 3, §. 294 Abs. 1). Die Auflösung ist anzumelden (§. 293, Denkschr. 165). — Die Worte „hat zur Folge“ sind in obigem Sinn zu verstehen (Denkschr. 165 „von Rechtswegen“, Staub 7. Aufl. Anm. 9); nicht etwa tritt — wenngleich eine dahingehende Regelung wohl zweckmäßiger gewesen wäre — die Auflösung erst mit dem Bindendwerden des Übertragungsvertrages ein, selbst wenn (§. 250 Anm. V c 2, §. 303 Anm. II a 3) im Einzelfall dieser Zeitpunkt später liegt als der Beschluß. Auflösung ist aber auch hier nicht gänzliches Aufhören (§. 292 Anm. II); ein solches tritt nur in den Fällen der §§. 304, 306 ein, es ist keine Folge der Zustimmung zum Übertragungsvertrage, sondern der Zustimmung zum Liquidationsausschluß. Auch nach Fassung des Übertragungsbeschlusses und an sich selbst nach Ausantwortung des bisherigen Vermögens bleibt die getrennte Persönlichkeit der übertragenden Gesellschaft bestehen, bis die Liquidation beendet ist. Zwar kann, weil dem Liquidationszweck fremd, eine Fortdauer der Gesellschaft zwecks Ausnutzung der Gegenleistung des Übernehmers nicht in Frage kommen (Denkschr. 165), doch kann diese Gegenleistung so beschaffen sein, daß sie ihrerseits erst in Geld umgesetzt werden muß. Über die Möglichkeit, demnächst wieder die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen, vgl. §. 307. — War zur

Zeit des Beschlusses die Gesellschaft bereits aufgelöst, so bedarf es keiner Anmeldung: die bisherige Liquidation ist in der Regel (unten Anm. III b) weiterzuführen.

b. **Liquidation** tritt ein bezw. ist weiterzuführen, falls nicht besonders vereinbart und beschlossen ist, daß sie unterbleiben soll. Eine solche Vereinbarung ist nur in den Fällen der §§. 304, 305 (306) und Ges. betr. G. m. b. H. §§. 80, 81 zulässig (§. 304 Anm. 1). Diese Liquidation ist nichts von der Liquidation in den gewöhnlichen Fällen Verschiedenes (vgl. Denkschr. 164). Nur tritt eine Abweichung (nachstehend zu c) und eine zusätzliche Bestimmung (nachstehend zu d) ein. — Kommt die geplante Übertragung des Vermögens nicht zur Ausführung, und wird nicht die Fortsetzung der Gesellschaft gemäß §. 307 beschlossen, so ist die Liquidation nach den gewöhnlichen Regeln zu Ende zu führen (Staub 7. Aufl. Anm. 9, 12).

c. **Geschäftskreis der Liquidatoren.** Der §. 303 Abs. 3 Satz 1 will den Geschäftskreis der Liquidatoren nicht ausschließend regeln, sondern nur erweitern (Staub 7. Aufl. Anm. 12); sie sollen im Fall des §. 303 außer zu den Geschäften, die nach §. 298 Abs. 1 (§. 149 Satz 1) in ihren Geschäftskreis fallen (§. 149 Anm. II), auch befugt sein zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel, d. h. des Übertragungsvertrages, mit sich bringt. Entsprechend dem Geschäftskreis erweitert sich auch ihre Geschäftsführungspflicht (§. 149 Anm. III, §. 298 Anm. II b) und der Umfang ihrer Vertretungsmacht (§. 149 Anm. IV d, §. 298 Anm. II c). Über den Gebrauch von „befugt" gleichzeitig im Sinn von „ermächtigt" vgl §. 235 Anm. I a.

d. **Übertragung des Vermögens an den Übernehmer.**

1. „Ausantwortung". Unter Ausantwortung sind die einzelnen Übertragungshandlungen verstanden, welche zur Ausführung des beschlossenen Übertragungsvertrages erforderlich sind (oben Anm. II a).

2. Gläubigerschutzvorschriften. Die Übertragungshandlungen sollen nur unter Beobachtung derselben Vorschriften zulässig sein, die nach §§. 297, 301 für die Verteilung unter die Aktionäre gelten: dreimaliges Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger, Ablauf eines Jahres, Befriedigung der Gläubiger, Hinterlegung oder Sicherstellung. Daneben bleibt nach §. 303 Abs. 3 Satz 1 die Erfüllung dieser Gläubigerschutzvorschriften auch Voraussetzung für die Verteilung an die Aktionäre (dagegen Denkschr. 165: „Ausantwortung tritt an die Stelle der Verteilung"). Die Sperrzeit des §. 303 Abs. 3 ist aber dieselbe wie die des §. 301; erfolgt der Übertragungsbeschluß nach Auflösung, so beginnt nicht etwa das Sperrjahr von neuem, sondern das Ablaufen des früher begonnenen Jahres genügt. Die Ausantwortung an den Übernehmer darf vor Ablauf der Sperrzeit selbst dann nicht erfolgen, wenn er seinerseits die bedungene Gegenleistung sofort bewirkt. Die Liquidatoren dürfen mithin insbesondere nicht ohne weiteres dulden, daß der Übernehmer vor Ablauf der Sperrzeit in eigenem Namen das mit der Firma (§. 302 Anm. III a) zu übernehmende Handelsgeschäft unter bisheriger Firma fortführt, da auch die Firma ein Vermögensstück ist und der Übernehmer nach §. 25 Abs. 1 Satz 2 hierdurch im Verhältnis zu Dritten Berechtigter bezüglich der Geschäftsforderungen der übertragenden Gesellschaft werden würde (Pinner Anm. III 2 b, Staub 7. Aufl. Anm. 13). Indessen ist die Pachtung des zu übertragenden Handelsgeschäfts durch den Übernehmer für die Dauer der Sperrzeit bei genügender Sicherheitsleistung gegenüber der Gesellschaft für zulässig zu erachten; immerhin muß auch in diesem Fall die Übertragung der Firma (§. 22 Abs. 2) an den Übernehmer bis zum Ablauf der Sperrzeit ausgeschlossen bleiben. — Soll daher die Firma übernommen werden, so wird es in der Regel zweckmäßig sein, während der Sperrzeit das Geschäft durch die bisherige Gesellschaft fortführen zu lassen; soll die Firma nicht übernommen werden, so

wird es in der Regel zweckmäßig sein, das Geschäft sofort bei Abschluß des Übertragungsvertrages dem Übernehmer für die Dauer der Sperrzeit zu verpachten. — Die Denkschr. 165 bemerkt: „In der Regel wird es sich um den Übergang eines im Betriebe befindlichen Unternehmens handeln, das bis zu der erst nach Ablauf des Sperrjahrs zulässigen Ausantwortung an den Übernehmer weiter betrieben werden muß. Die Fortsetzung des Unternehmens darf daher der Gesellschaft auch nach der Auflösung nicht unmöglich gemacht werden; vielmehr ist den Liquidatoren in einem solchen Falle die Befugnis zu allen Geschäften einzuräumen, welche der Betrieb mit sich bringt. Andererseits schließt der Entwurf nicht aus, daß die Geschäftsleitung schon während des Liquidationsstadiums in weiteren oder engeren Grenzen dem Übernehmer selbst überlassen wird, wobei dann die Aufgabe der Liquidatoren der Hauptsache nach nur darin bestehen wird, darüber zu wachen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anlagen und Gegenstände von dem Vermögen des Übernehmers getrennt bleiben und dem Liquidationszwecke nicht entfremdet werden."

3. Folgen gesetzwidriger Übertragung. Bei vorzeitiger oder sonst gesetzwidriger Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen an den Übernehmer haften Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder nicht nur der Gesellschaft (§§. 241, 249), sondern in entsprechender Anwendung des §. 241 Abs. 3 Ziff. 5, Abs. 4 auch den Gläubigern (vgl. Denkschr. 166). Nach Denkschr. 166 haften „auch die Aktionäre, soweit sie ihren Anteil aus der Gegenleistung des Übernehmers erhalten haben." Dies ist richtig für den Fall, daß an die Aktionäre durch die Gesellschaft oder auf deren Anweisung gezahlt ist (§. 217: „von der Gesellschaft"); dagegen wohl nicht allgemein zutreffend für den Fall, daß die Gesellschaft mit dem Übernehmer einen Vertrag zu Gunsten Dritter (der Aktionäre) geschlossen hat, und daraufhin der Übernehmer für eigene Rechnung Zahlungen an die Aktionäre leistet. Doch kann im letzteren Fall unter Umständen ein Bereicherungsanspruch (B.G. § 812) bestehen. — Die verbotenen Übertragungshandlungen sind zwar nicht nichtig (Staub 7. Aufl. Anm. 13), aber doch unwirksam gegenüber etwaigen nicht durch Befriedigung oder gemäß §. 301 Abs. 2 oder 3 berücksichtigten Gesellschaftsgläubigern (B.G. § 135; vgl. H.G.B. § 301 Anm. III).

IV. **Übertragungsvertrag.**

a. **Form.** Nach B.G. §. 311 bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Da außer dem Generalversammlungsbeschluß auch eine Vertragserklärung des Vorstandes bezw. der Liquidatoren als erforderlich anzusehen ist (§. 250 Anm. V c 2), so muß auch die letztere Erklärung und die Erklärung des Vertragsgegners gerichtlich oder notariell beurkundet sein; die Erklärung der Generalversammlung ist ohnehin nach §. 259 gerichtlich oder notariell beurkundet. Durch die Bestimmung des §. 303 Abs. 1 Satz 1 ist die Vertretungsmacht des Vorstandes bezw. der Liquidatoren dahin begrenzt, daß ihre alleinige Vertragsabschlußerklärung die Gesellschaft nicht verpflichtet (§. 235 Anm. III a, §. 298 Anm. I e 2).

b. **Haftung des Übernehmers für die Gesellschaftsschulden.** Der § 419 B.G. bestimmt:

„Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen.

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§. 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Uebernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

Nach B.G. §. 1990 „kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben."

Aus diesen Bestimmungen in Verbindung mit H.G.B. §. 25 ergeben sich nachstehende Folgerungen:

Der Übernehmer haftet bereits vom Abschluß des Vertrages an als Gesamtschuldner mit der Gesellschaft für deren Schulden (Planck B.G. §. 419 Anm. 1; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 16; Pinner Anm. III 4 b will die Haftung erst mit Ablauf des Sperrjahres beginnen lassen; über die Möglichkeit einer Herbeiführung des letzteren Erfolges vgl. oben Anm. II b). Gegenüber Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger kann der Übernehmer sich darauf berufen (vgl. C.P.O. §§. 780, 781), daß er nur mit den „übernommenen", d. h. thatsächlich bereits an ihn übertragenen Vermögensgegenständen und mit seinen Ansprüchen aus dem Übertragungsvertrage hafte; mithin kann er vor Ablauf der Sperrzeit, soweit ihm nicht etwa gesetzwidrig Vermögensgegenstände übertragen sind, die Gläubiger lediglich auf seine Ansprüche aus dem Übertragungsvertrage verweisen.

Auch §. 25 H.G.B. (Fortführung des Handelsgeschäfts) ändert hieran nichts Wesentliches für die Zeit bis zum Ablauf der Sperrzeit. Denn die bisherige Firma darf vor Ablauf der Sperrzeit nicht seitens des Übernehmers als eigene geführt werden (oben Anm. III d), er haftet mithin bei Fortführung des Handelsgeschäfts (z. B. auf Grund eines Pachtverhältnisses) nicht ohne besonderen Verpflichtungsgrund, insbesondere ausdrückliche Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten. Nur wenn der Übernehmer gesetzwidrig die Firma schon vor Ablauf der Sperrzeit führt, haftet er gemäß § 25 Abs. 1 unbeschränkt — aber durch Eintragung oder Mitteilung ausschließbar (§. 25 Abs. 2) — für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; außerdem haftet er dann mit dem in der Regel selbständig nicht verwertbaren Vermögensstück der Firma beschränkt aber unausschließbar gemäß B.G. §. 419. — Für die Zeit nach Ablauf der Sperrzeit kommen dann unter Umständen B.G. §. 419 und H.G.B. §. 25 nebeneinander zur Anwendung, wobei jedoch zu beachten ist, daß H.G.B. §. 25 Abs. 2 durch B.G. § 419 Abs. 3, dahin eingeschränkt wird, daß die in B.G. §. 419 bestimmte beschränkte Haftung auch nicht durch Eintragung oder Mitteilung abweichender Vereinbarungen ausgeschlossen werden kann.

Die Denkschr. 166 bemerkt: „Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt zwar namens der Gesellschaft, aber für Rechnung des Übernehmers, da unter den Parteien die Übertragung des Vermögens im Ganzen bedungen ist. Dem Übernehmer muß es deshalb überlassen bleiben, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beträge, soweit die bereiten Mittel der Gesellschaft nicht ausreichen, zu beschaffen." Dies trifft indessen nicht für alle Fälle zu; entscheidend ist der nähere Inhalt des Übertragungsvertrages.

§. 304.

Übertragung an deutsche staatliche Körperschaft.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen, so kann zugleich vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben soll.

Die im §. 303 Abs. 1 vorgesehene Zustimmung der Generalversammlung ist auch für eine solche Vereinbarung erforderlich.

Der Vorstand hat den Beschluß der Generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; der Anmeldung ist der mit dem Uebernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Der Beschluß hat keine Wirkung, bevor die Eintragung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat.

Mit der Eintragung des Beschlusses gilt der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt; die Firma der Gesellschaft erlischt.

A.D.H. — **Entw. I** §. 277. **Entw. II** §. 295.

§. 304.

I. **Zulässigkeit eines Ausschließens der Liquidation.** Die Ausschließung der Liquidation gelegentlich eines Vertrages betreffs Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen ist nur zulässig, wenn entweder das Reich, ein deutscher Bundesstaat oder deutscher Kommunalverband (§. 304 Abs. 1), oder wenn eine A.G. oder K.A.G. gegen Gewährung ihrer Aktien (§. 306 Abs. 1) Übernehmer ist, oder wenn nach näherer Maßgabe der §§. 80, 81 Ges. betr. G. m. b. H. eine Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfolgen soll.

II. **Ausschließungsvertrag.** Die Ausschließung erfolgt durch Vertrag des Übertragers mit dem Übernehmer (§ 304 Abs. 2: „Vereinbarung"). Der Ausschließungsvertrag, abweichend vom Übertragungsvertrag (§. 303 Anm. IV a), bedarf keiner Form; doch folgt aus §. 304 Abs. 3 das Erfordernis der Schriftlichkeit. Der Ausschließungsvertrag kann Teil des Übertragungsvertrages (§. 303 Anm. IV) sein, er kann als selbständiger Vertrag gleichzeitig geschlossen werden; er kann aber auch erst später als der Übertragungsvertrag, also nachdem die Liquidation begonnen hat, geschlossen werden. Der letzte Fall ist in §§. 304, 306 zwar nicht berücksichtigt, doch sind deren Bestimmungen in diesem Falle entsprechend anzuwenden (Staub 7. Aufl. Anm. 3). Ist der Ausschließungsvertrag Teil des Übertragungsvertrages oder gleichzeitig geschlossen, so ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß auch die erteilte Zustimmung der Generalversammlung zum Übertragungsvertrag betagt sein soll durch die Eintragung der Liquidationsausschließung (vgl. §. 303 Anm. II b, ähnlich Staub 7. Aufl. Anm. 6). Andernfalls würde der Beginn der Wirksamkeit des Übertragungsbeschlusses und der Beginn der Wirksamkeit des Beschlusses über Liquidationsausschließung auseinanderfallen, da ersterer an sich bereits mit der Fassung des Beschlusses wirkt, mithin (§. 303 Abs. 2, §. 293 Anm. IV) von der Fassung des Übertragungsbeschlusses bis zur Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses dennoch Liquidation eintreten würde. — Wird kein Ausschließungsvertrag geschlossen, so sind auch bei Übernahme durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen Kommunalverband lediglich die Vorschriften des §. 303 maßgebend (vgl. Denkschr. 166).

III. **Zustimmungsbeschluß.** Auch der Ausschließungsvertrag bedarf in gleicher Weise wie der Übertragungsvertrag (§. 303 Abs. 1) der Zustimmung der Generalversammlung der Übertragerin (§. 250 Anm. V c 2) mit einer Mehrheit, die drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt, und unter Beobachtung der etwaigen sonstigen in der Satzung aufgestellten Erfordernisse (vgl. §. 275 Anm. II c).

IV. **Wirkungen des Ausschließungsbeschlusses.**

a. **Zeitpunkt der Wirksamkeit.** Der Ausschließungsbeschluß erlangt Wirkung erst durch Eintragung im Handelsregister (unten Anm. V a); bis dahin bleibt er wirkungslos (§. 304 Abs. 4; vgl. §. 277 Anm. IV).

b. **Verhältnis zur Auflösung.** Der Ausschließungsbeschluß als solcher bewirkt nicht die Auflösung; doch fällt in der Regel die Auflösung mit der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses zusammen (oben Anm. II).

c. **Gläubigerschutzvorschriften.** Da im Fall des §. 304 keine Liquidation stattfindet, so sind in diesem Fall weder die §§. 294—302 noch der §. 303 Abs. 3 anwendbar. Insbesondere fallen auch die in jenen Bestimmungen enthaltenen Gläubigerschutzvorschriften fort. Im Fall des §. 304 sind solche überhaupt nicht zu beobachten; für den Fall des §. 306 sind besondere Gläubigerschutzvorschriften in §. 306 Abs. 2—6 gegeben. Vor Eintragung des Liquidationsausschlusses darf eine Übertragung von Gesellschaftsvermögen an den Übernehmer nach Maßgabe des Übernehmungsvertrages nicht stattfinden (Denkschr. 166), es sei denn gemäß §. 303 Abs. 3 (oben Anm. II).

d. **Gesamtnachfolge.**

1. Allgemeines. Die Ausschließung der Liquidation mit folgender Eintragung des Ausschließungsbeschlusses bewirkt unmittelbare Gesamtnachfolge in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, einschließlich ihrer Schulden (§. 304 Abs. 5, Denkschr. 165). Zur Übertragung der Sachen oder Rechte, welche der Gesellschaft zustanden, bedarf es daher nicht mehr besonderer Übertragungshandlungen. Auf Rechtsstreite der übertragenden Gesellschaft ist C.P.O. §§. 239 ff. entsprechend anwendbar (Staub 7. Aufl. Anm. 9). Über Erteilung einer gegen den Übernehmer vollstreckbaren Ausfertigung eines vor Gesamtnachfolge ergangenen Urteils vgl. C.P.O. §. 727; der §. 729 Abs. 1 C.P.O. ist nicht anwendbar, weil den Fall der Sondernachfolge betreffend. Über Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses bestimmt §. 308 H.G.B. — Bezüglich der Wirkung des Übergangs auf die Rechte aus bestehenden Verträgen, insbesondere für die Entscheidung der Frage, unter welchen Umständen etwa vorzeitige Fälligkeit einer Gesellschaftsschuld oder ein Rücktrittsrecht des anderen Teils eintritt, sind — wie im Fall der Liquidation (§. 145 Anm. II c, §. 294 Anm. I c) — lediglich die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend. Soweit nicht im Einzelfall die Anwendung jener Regeln zu einem anderen Ergebnis führt, hat die Gesamtnachfolge und das Aufhören der bisherigen Vertragsgegnerin nicht die Wirkung, die bisherigen Fälligkeits- und Zahlungsbedingungen zu ändern (R.G. IX, 20).
2. Grundstücke. Das Eigentum an etwaigen Grundstücken geht ohne Auflassung über (Johow XI, 129). Die Umschreibung im Grundbuch auf den Erwerber hat nur die Bedeutung einer Berichtigung des Grundbuchs. Zur Bewirkung der Umschreibung wird genügen müssen, wenn mit dem Umschreibungsantrag des Erwerbers ein Zeugnis des Registergerichts über die Eintragung des Liquidationsausschlusses auf Grund des in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügenden Übertragungsvertrages überreicht wird (vgl. Grundbuchordnung §§. 33 ff.); eine Umschreibungsbewilligung des Vorstandes der übertragenden Gesellschaft wäre bedeutungslos, da deren Persönlichkeit erloschen ist.
3. Schulden. Nach §. 304 Abs. 5 gilt mit der Eintragung des Beschlusses auch der Übergang der Schulden als erfolgt. Die Vorschrift ist zwingend; sie geht weiter als diejenige des B.G. §. 419 Abs. 3 (oben §. 303 Anm. IV b), da nach §. 304 Abs. 5 der Übernehmer unbeschränkt haftet (Staub 7. Aufl. Anm. 8). Über die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Haftung des Übernehmers aus dem Übertragungsvertrage beginnt, vgl. oben Anm. II, §. 303 Anm. IV b. — Die Haftung der übertragenden Gesellschaft erlischt (Denkschr. 167, R.G. XXVIII, 363). — Über die Frage, unter welchen Umständen eine inhaltliche Änderung des Schuldverhältnisses eintritt, vgl. oben zu 1.
4. Firma der übertragenden Gesellschaft. Der §. 304 Abs. 5 bestimmt: „Die Firma der Gesellschaft erlischt." Hierdurch ist das Erlöschen unmittelbar an die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses geknüpft; es bedarf daher hier abweichend vom Fall der Liquidation (§. 302 Abs. 1) keiner besonderen Anmeldung des Firmenerlöschens (Staub 7. Aufl. Anm. 7). Aus §. 304 Abs. 5

ist jedoch nicht — ebensowenig wie für den Liquidationsfall aus §. 302 (§. 302 Anm. III a) — zu schließen, daß es unzulässig wäre, im Fall eines Liquidationsausschlusses den Übergang der Firma auf die Übernehmerin zu vereinbaren (Staub 7. Aufl. Anm. 7). Ist eine solche Vereinbarung getroffen (vgl. jedoch §. 36, §. 17 Anm. III c), so geht kraft Gesamtnachfolge auch die Firma bei Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses über: sie erlischt dann nur als Bezeichnung der übertragenden Gesellschaft.

e. **Rechte der Aktionäre** auf die Gegenleistung des Übernehmers. Ob dergleichen Rechte überhaupt bestehen, und gegen wen sie sich richten, hängt von dem Inhalt des Übertragungsvertrages ab. Über die Anfechtung der Zustimmung zum Übertragungsvertrage, insbesondere wenn letzterer Sonderrechte (§. 250 Anm. III c 4, 8, §. 300 Anm. II b) verletzt, vgl. §. 308, §. 273 Anm. II. Mit der Eintragung eines gültigen Liquidationsausschließungsbeschlusses erlöschen die bisherigen Mitgliedschaftsrechte (§. 250 Anm. I, III) der Aktionäre und werden durch ihre etwaigen Ansprüche gegen den Übernehmer oder Dritte aus dem Übertragungsvertrage ersetzt. Ihre bisherigen Gläubigerrechte (§. 250 Anm. IV) sind, wie die Rechte anderer Gläubiger (oben Anm. IV d 3) künftig gegen den Übernehmer geltend zu machen.

V. **Anmeldung** des Beschlusses über Ausschließung der Liquidation.

a. **Zuständiges Gericht.** Die Anmeldung hat bei allen Registergerichten stattzufinden (§. 13). Die Wirksamkeit des Beschlusses ist aber ausschließlich an die Eintragung bei dem Registergericht (§. 8 Anm. I) des Sitzes (§. 182 Anm. IV b 2) der übertragenden Gesellschaft geknüpft (§. 304 Abs. 4; vgl. §. 15 Anm. IV).

b. **Anmelder** ist der Vorstand (§. 304 Abs. 3), d. h. die Behörde in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 234 Anm. I c). Hatte vor dem Beschließen des Liquidationsausschlusses bereits die Liquidation begonnen (oben Anm. II), so haben die Liquidatoren anzumelden. Soweit die Anmeldungen für Zweigregister noch nicht vor Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses bewirkt sind (vgl. §. 13 Abs. 2), wird anzunehmen sein, daß die Anmeldungspflicht kraft Gesamtnachfolge (oben Anm. IV d) auf den Übernehmer übergeht.

c. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen.** Hierüber bestimmt §. 319 Abs. 2. Vgl. §. 175 Anm. III, §. 277 Anm. I c.

d. **Form.** Vgl. §. 12 Anm. I, §. 195 Anm. I d.

e. **Inhalt.** Anzumelden ist der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung zum Ausschluß der Liquidation. Die Anmeldung darf nicht früher als die Anmeldung der Gesellschaftsauflösung (§. 303 Anm. III a, §. 293 Anm. I—IV) erfolgen, sondern nur entweder gleichzeitig (§. 304 Abs. 3) oder später (oben Anm. II).

f. **Beizufügende Urkunde.** „Der mit dem Übernehmer abgeschlossene Vertrag" ist in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§. 304 Abs. 3). Hierunter sind sowohl der Übertragungsvertrag (§. 303 Anm. IV), wie auch außerdem der Liquidationsausschließungsvertrag (oben Anm. II) zu verstehen. Ersterer, weil die Vorschrift verhindern soll, daß vor Bindendwerden des Übertragungsvertrages der Liquidationsausschluß eingetragen wird. Letzterer, weil verhindert werden soll, daß die in §. 304 Abs. 5 bestimmte Wirkung der Gesamtnachfolge eintritt, bevor nachgewiesen wird, daß der Übernehmer sich mit dem Liquidationsausschluß einverstanden erklärt hat.

g. **Prüfungsbefugnis des Registergerichts.** Vgl. §. 12 Anm. II, §. 195 Anm. I g. Das Registergericht hat die Rechtsgiltigkeit der überreichten Verträge (oben Anm. V f) und des Beschlusses der Generalversammlung zu prüfen (Denkschr. 166). Über den Einfluß der Anfechtung oder Nichtanfechtung des Beschlusses auf das Verfahren vor dem Registergericht vgl. §. 273 Anm. V.

§. 305.

Übertragung an A.G. oder K.A.G. gegen Aktiengewährung.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen, so bleiben bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des §. 278 Abs. 1, des §. 280 Abs. 2, der §§. 281, 282, des §. 283 Abs. 1 sowie des §. 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung.

Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Auf den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft finden die Vorschriften des §. 290 Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 278. **Entw. II** §. 296.

§. 305.

I. **Übertragung des Vermögens einer A.G. als Ganzes an eine andere A.G. oder K.A.G. gegen Gewährung von Aktien der Übernehmerin.**

a. **Verhältnis des §. 305 zu §. 303 und §. 306.** Der §. 305 ist ein Unterfall des §. 303; auf Seiten der übertragenden Gesellschaft finden daher auch im Fall des §. 305 lediglich die Vorschriften des §. 303 mit dem Zusatz in §. 305 Abs. 3 Anwendung (vgl. Denkschr. 167). Die Absätze 1 und 2 des §. 305 enthalten nur besondere Bestimmungen für die übernehmende Gesellschaft. Im Verhältnis zu §. 306 bildet §. 305 (Übertragung mit Liquidation der übertragenden Gesellschaft) den allgemeinen Fall, §. 306 (Übertragung unter Ausschließung der Liquidation der übertragenden Gesellschaft) den Unterfall. Thatsächlich wird dieser Unterfall der häufiger vorkommende sein. — Will man die Fälle der §§. 305, 306 als „Fusion“ oder „Verschmelzung“ bezeichnen, so ist doch zu beachten, daß es sich rechtlich (anders mitunter wirtschaftlich) nicht um eine Vereinigung zweier einander gleichstehenden Größen zu einer gemeinsamen Dritten handelt, sondern vielmehr um die Auffaugung einer hierdurch vollständig untergehenden Größe durch eine andere, ohne Änderung ihrer Persönlichkeit fortbestehende.

b. **„Übertragung.“** Trotz der Fassung des §. 305 Abs. 1 behandelt der §. 305 ebenso wie §. 303 Abs. 1, 2 (§. 303 Anm. II a 2) nicht die Übertragung, sondern den Übertragungsvertrag. Schon sobald letzterer geschlossen ist, kann die Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft beschlossen werden, da dann ein genügendes Nichtbareinlage-Versprechen vorliegt, die Aushändigung der versprochenen Nichtbareinlage aber nicht Voraussetzung der Erhöhung des Grundkapitals ist, mindestens (vgl. §. 284 Abs. 3, §. 195 Anm. IV a) nicht im Fall des §. 305, wie klargestellt ist durch die in §. 305 Abs. 1 enthaltene Ausschließung der Anwendbarkeit des §. 284 Abs. 2 Ziff. 1. Übrigens ist zu beachten, daß es sich im Fall des §. 305 nicht um einen eigentlichen Vertrag, sondern um Angebot und Annahme des Beitritts zu einem Verein handelt (§. 186 Anm. II c); so wohl selbst wenn im Einzelfall Übertrager und demnächstiges Mitglied verschiedene Personen (unten Anm. I f 2) sind. — Keine Vermögensübertragung liegt in einer Vereinigung der Betriebe ohne Aufgeben der getrennten Persönlichkeiten beider Gesellschaften (Staub 7. Aufl. Anm. 3).

c. Vermögen einer **Aktiengesellschaft.** Der §. 305 ist anwendbar auch wenn die übertragende Gesellschaft eine Kommanditaktiengesellschaft ist (§. 320 Abs. 3, Denkschr. 181, Esser Anm. 1, Pinner Anm. II 1 a). Über den Fall der Umwandlung einer K.A.G. in eine A.G. ohne Auflösung der Gesellschaft vgl. §§. 332—334.

d. **Als Ganzes.** Die Worte „als Ganzes" sind gleichbedeutend mit „im ganzen" in §. 303 Abs. 1. Da §. 305 auf den §. 303 Bezug nimmt, ist ersterer ebenso wie letzterer (§. 303 Anm. I c) entsprechend auch auf Fälle anzuwenden, in denen im Übertragungsvertrag bestimmte einzelne Vermögensstücke von der Übertragung ausgenommen sind.

e. **An eine andere A.G. oder K.A.G.** Der §. 305 setzt voraus, daß die übernehmende Gesellschaft bei Abschluß des Übertragungsvertrages bereits besteht (Pinner Anm. II 1 b); unerheblich ist, ob sie erst im Hinblick auf den abzuschließenden Übertragungsvertrag gegründet ist. Soll die Einlegung des Gesellschaftsvermögens einer A.G. im ganzen in eine andere A.G. bereits bei deren Gründung erfolgen, so sind zwar die Bestimmungen des §. 305 unanwendbar, und an deren Stelle treten die gewöhnlichen Gründungsvorschriften. Der §. 306 ist aber auch in diesem Falle für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Staub 7. Aufl. §. 307 Anm. 3); nur ist — zwecks Vermeidung großer Schwierigkeiten bezüglich der Reihenfolge der Anmeldungen (vgl. §. 306 Anm. V) — zu empfehlen, den Sitz der neuen Gesellschaft zunächst im Registerbezirk des Sitzes der alten zu wählen und erst später an den etwa gewünschten anderen Ort zu verlegen, so daß die beiden maßgebenden Eintragungen (§§. 200, 304 Abs. 4) gleichzeitig erfolgen können. — Über den Fall einer Übertragung des Vermögens an eine neu zu gründende Gesellschaft mit beschränkter Haftung, falls dies ohne Liquidation geschehen soll, bestimmen §§. 80, 81, Ges. betr. G. m. b. H.; anderenfalls ist §. 303 maßgebend. Über andere Fälle von Umwandlungen vgl. §. 292 Anm. I e. — Der §. 305, da er überhaupt nur die Verhältnisse der übernehmenden Gesellschaft regelt, bezieht sich selbstverständlich nur auf eine deutsche Übernehmerin. Aber auch §. 306 ist nur auf eine deutsche Übernehmerin zu beziehen, da anderenfalls die Überführung des Vermögens in das Ausland zulässig wäre ohne genügende Sicherung, daß die ausländische Gesellschaft und die ausländischen Gesellschaftsbeamten den beschränkenden, im Auslande nicht geltenden Vorschriften des §. 306 Abs. 2—6 unterworfen wären.

f. **Gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft.**

1. Nur gegen „Aktien". Die Worte „gegen Gewährung von Aktien" sind dahin zu verstehen, daß die von der übernehmenden Gesellschaft an die übertragende oder deren Aktionäre zu gewährende Gegenleistung ausschließlich in Gewährung von Anteilrechten bestehen muß. Sehr zweifelhaft ist, ob die erleichternden Vorschriften der §§. 305, 306, insbesondere die Befreiung der übernehmenden Gesellschaft vom Gebot der Vollzahlung der bisherigen Anteile vor Erhöhung und die Möglichkeit einer Ausschließung der Liquidation, entsprechend auch anwendbar sind in Fällen, in denen die Gegenleistung der Übernehmerin nur teilweise in Anteilgewährung, teilweise aber in anderen Leistungen, z. B. Geldzahlungen, besteht (für unmittelbare Anwendbarkeit Staub 7. Aufl. Anm. 2), oder in denen den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Wahlrecht zwischen Anteilgewährung und Geldleistung eingeräumt wird (für unmittelbare Anwendbarkeit im Fall des §. 305 Staub 7. Aufl. Anm. 2; dagegen Pinner Anm. II 1 c und für den Fall des §. 306 auch Staub §. 306 Anm. 3; vgl. auch R.O.H. XIV, 363, R.G. IX, 19). Maßgebend für die Entscheidung muß sein, aus welchen Erwägungen der Gesetzgeber gerade den Fall der Übernahme gegen Anteilgewährung als besonders zu bevorzugenden herausgegriffen hat, und ob diese Erwägungen auf jene anderen Fälle gleichfalls zutreffen. Über die erstere Frage ist aber aus der Denkschrift keine Aufklärung zu gewinnen, und auch sonst leuchten die

Gründe für die Bevorzugung dieses Sonderfalls nicht ohne weiteres ein. Man wird sich daher lediglich an die Worte halten müssen und als nicht unter die Ausnahmebestimmungen der §§. 305, 306, sondern nur unter §. 303 fallend diejenigen Grundkapitalerhöhungen durch Überlassung des Vermögens einer A.G. oder K.A.G. als Ganzes anzusehen haben, bei welchen die Vergütung nur teilweise oder nur wahlweise in Anteilgewährung besteht. Zu beachten ist auch, daß wenn man der ausdehnenden Auslegung Staubs folgen wollte, keine feste Grenze gegenüber dem Fall, in welchem die Überlassung nur gegen Geld erfolgt, zu finden wäre, und daß es dann auch nicht unmöglich wäre, auf dem Wege gleichzeitiger Gründung zweier A.Gen. durch dieselben Aktionäre und demnächstiger Übertragung des Vermögens der einen an die andere gegen teilweise in Geld bestehende, den wahren Wert des Übertragenen übersteigende Leistungen das Verbot der Rückzahlung von Einlagen zu umgehen. Nur wird man (entsprechend dem R.G., IX, 19) zugeben können, daß wenn zu dem Stellen der Wahl zwischen Anteilgewährung und anderen Leistungen das thatsächliche Wählen des ersteren durch alle Beteiligten hinzukommt, der entsprechenden Anwendbarkeit der §§. 305, 306 nichts entgegensteht.

2. Wem zu gewähren? Zulässig ist es sowohl, zu bedingen, daß die Übernehmerin der Übertragerin die neuen Anteilrechte einzuräumen und die Aktienurkunden auszuhändigen hat, wie auch, daß beides unmittelbar seitens der Übernehmerin an die einzelnen Aktionäre der Übertragerin geschehen soll (§. 303 Anm. IIb, §. 304 Anm. IVe, Staub 7. Aufl. Anm. 2). Wird die Liquidation ausgeschlossen, so ist im Zweifel letzteres als gewollt anzunehmen, da die Persönlichkeit der Übertragerin erlischt. Je nachdem das eine oder das andere bedungen, ergiebt sich eine verschiedene Berechnung für die Höhe des Anschaffungsstempels (R.G. XLI, 86; gegen das Entstehen einer solchen Stempelpflicht überhaupt Staub 7. Aufl. Anm. 24). Eine solche unmittelbare Überweisung der Anteilrechte an die Aktionäre der Übertragerin enthält keine „Übertragung" dieser Anteilrechte im Sinne des §. 287 Abs. 2.

3. Bereits vorhandene Anteilrechte. Daß die zu gewährenden Anteilrechte erst neu geschaffen werden sollen, ist nicht unbedingtes Erfordernis; auch wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall, sind §. 305 Abs. 3, §. 306 anwendbar.

II. **Wirkung für die übertragende Gesellschaft.** Hierüber bestimmt §. 303 (oben Anm. I a) mit der Maßgabe in §. 305 Abs. 3 (unten Anm. IV). Vgl. §. 303 Anm. III. Irrig ist daher die auf Nichtbeachtung dieses Verhältnisses des §. 305 zu §. 303 beruhende Ansicht Pinners Anm. II 2c, daß für den Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin einfache Stimmenmehrheit genüge. — Wenngleich der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin zunächst nur als Angebot wirkt (unten Anm. III a), treten die in §. 303 Abs. 2, 3 vorgesehenen Folgen jenes Beschlusses doch sofort ein (§. 303 Anm. III a, Staub 7. Aufl. Anm. 10), und eine hierdurch bewirkte Auflösung kann nur gemäß § 307 rückgängig gemacht werden. Für zulässig ist aber zu erachten, daß der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin von vornherein ausdrücklich nur als ein durch Eintragung des Grundkapitalerhöhungsbeschlusses der Übernehmerin betagter gefaßt wird (§. 303 Anm. II b).

III. **Wirkung für die übernehmende Gesellschaft.**

a. **Vor dem Erhöhungsbeschluß** und dessen Eintragung tritt auf Seiten der Übernehmer keine Wirkung ein. Der Übertragungsvertrag, wenngleich vorschriftsmäßig gerichtlich oder notariell beurkundet (§. 303 Anm. IV a) und von der Übertragerin unter Zustimmung ihrer Generalversammlung (§. 303 Anm. II) geschlossen mit der Übernehmerin, vertreten durch deren Vorstand (oder sogar unter Zustimmung auch der Generalversammlung der Übernehmerin, aber ohne Erhöhungsbeschluß), ist — wenn, wie in der Regel, die zu gewährenden „Aktien" neu geschaffen werden

sollen — unwirksam gegenüber der Übernehmerin, weil darin eine Zusicherung künftiger Bezugsrechte (§. 283 Abs. 2) und ein Vorvertrag (R.G. XLIII, 140) über Leistung einer Nichtbareinlage (§. 279 Abs. 2; vgl. §. 186 Anm. II b) liegt (Staub 7. Aufl. Anm. 7, 11 gegen Pinner Anm. II 2 c). **Bis zur Eintragung des Erhöhungsbeschlusses liegt daher trotz äußeren Anscheins eines Übertragungsvertrages doch kein solcher vor, sondern nur das Angebot** (vgl. §. 182 Anm. II a 1) einer Beitrittserklärung (vgl. §. 186 Anm. II c, §. 305 Anm. I b) zum übernehmenden Verein. Erst durch den Erhöhungsbeschluß unter Festsetzung der wesentlichen Punkte des Abkommens (§. 279 Abs. 2) und nachfolgende Eintragung des Beschlusses (§. 277 Abs. 3) geschieht die Annahme jenes Angebots. Wird die Annahme ungebührlich verzögert, so erlischt mithin die Bindung der übertragenden Gesellschaft (B.G. §. 147 Abs. 2, §. 146, §. 150 Abs. 1). Zweckmäßig wird es daher sein, entsprechend dem §. 281 Abs. 1 Ziff. 4 (vgl. jedoch §. 278 Anm. II f 1) im Übertragungsvertrag eine bestimmte Frist für die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses festzusetzen, bis zu deren Ablauf die Übertragerin an ihr Angebot gebunden sein will (Staub 7. Aufl. Anm. 7).

b. **Erhöhungsbeschluß.**

1. Verhältnis des §. 305 zu den allgemeinen Regeln über Erhöhungsbeschlüsse. Da §. 305 voraussetzt, daß die Übernehmerin als Gegenleistung für die Übertragung eigene Anteilrechte gewährt (oben Anm. I f), und da in der Regel die Übernehmerin eigene bereits vorhandene Anteilrechte nicht zur Verfügung haben wird (§. 226), so wird auf ihrer Seite in der Regel eine Erhöhung des Grundkapitals erforderlich werden, um neue Anteilrechte zu schaffen. Für diesen Fall giebt §. 305 einige Sondervorschriften, insbesondere Erleichterungen gegenüber den Vorschriften über Erhöhungsbeschlüsse und deren Anmeldung in sonstigen Fällen. Wird das Grundkapital nicht nur um die an die Übertragerin zu gewährenden Anteile, sondern gleichzeitig darüber hinaus um weitere Anteile erhöht, so gelten die Erleichterungen des §. 305 nur für die ersteren Anteile. Ebenso wenn durch die Überlassung die neu geschaffenen Anteile nicht vollgezahlt werden sollen; in diesem Fall muß der nicht vollgezahlte Rest der zu leistenden Einlagen durch Zeichnungsscheine belegt werden.
2. Nichtbareinlage oder die dieser gleichstehende (§. 186 Anm. II b) Überlassung gegen Vergütungsanrechnung auf (Bar-)Einlage liegt im Fall des §. 305 stets vor; die erschwerenden Bestimmungen des §. 279 müssen daher stets beobachtet werden; unter Umständen auch die Vorschriften über Nachgründungen (§§. 207, 208; §. 279 Abs. 2 Satz 2).
3. Sondervorschriften des §. 305 Abs. 1. Soweit diese Sondervorschriften sich auf den Erhöhungsbeschluß und dessen Anmeldung beziehen, gehen sie dahin, daß die Erhöhung stattfinden darf ohne Rücksicht darauf, ob die Kapitaleinlagen auf die bisherigen Grundkapitalanteile bereits voll geleistet (§. 278 Abs. 1) sind, mithin auch die Einreichung einer Versicherung der Vollleistung bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§. 280 Abs. 2) fortfällt, und daß Bezugsrechte der Aktionäre der Übernehmerin (§. 282) nicht bestehen, und mithin ein diesbezüglicher Vorbehalt (§. 283 Abs. 1) bei Zusicherung an die Übertragerin oder deren Aktionäre nicht erforderlich ist. — Die besondere Erwähnung des Fortfalls der Bezugsrechte wäre entbehrlich gewesen, da das Abkommen betreffend Gewährung von Anteilrechten im Erhöhungsbeschluß stets Erwähnung finden muß (§. 279; vgl. oben zu 2), hierdurch aber ohnedies das Bezugsrecht der Aktionäre der Übernehmerin ausgeschlossen würde (§. 282 Abs. 1; vgl. §. 283 Anm. II d). — Über diejenigen Sondervorschriften des §. 305 Abs. 1 und 2, welche sich auf

das Erfolgen der Erhöhung und die Anmeldung des Erfolgtseins beziehen, vgl. unten Anm. III e.

c. **Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses.** Hierfür sind die allgemeinen Vorschriften des §. 280 maßgebend; nur fällt die in §. 280 Abs. 2 vorgesehene Versicherung der Vollzahlung des bisherigen Grundkapitals fort (§. 305 Abs. 1). Die Anmeldung zum Register des Sitzes ist — wie in allen Fällen von Erhöhungsbeschlüssen — nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafen (§. 280 Anm. II). Erst durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, aber auch spätestens durch sie, selbst wenn sie vor dem Erfolgen der Erhöhung liegt, wird die Annahmeerklärung der Übernehmerin wirksam. Ist die Annahmeerklärung rechtzeitig erfolgt (oben Anm. III a), so liegt hierin auch der endgiltige Abschluß des Übertragungsvertrages. Daher treten nunmehr auch die Folgen des letzteren für den Übernehmer ein, insbesondere bezüglich seiner Haftung gegenüber den Gläubigern der Übertragerin (§. 303 Anm. IV b).

d. **Erfolgen der Erhöhung.** Es gelten die allgemeinen Regeln; vgl. §. 278 Anm. II. Über den zweckmäßigen Zeitpunkt der Durchführung der Erhöhung vgl. unten Anm. V 9.

e. **Anmeldung des Erfolgtseins.** Die allgemeinen Regeln (§§. 284, 285) gelten mit der nachstehend zu 1 hervorgehobenen Abweichung und mit den nachstehend zu 2—4 aufgeführten Klarstellungen:

1. Keine Zeichnung der neuen Grundkapitalanteile (§ 281) ist erforderlich, und mithin sind auch keine Zeichnungsscheine und kein Verzeichnis der Zeichner (§. 284 Abs. 2 Ziff. 1) einzureichen (§. 305 Abs. 1).

2. Keine vorherige Leistung der versprochenen Einlage. Die Denkschr. 168 nennt als Abweichung von den gewöhnlichen Erhöhungsvorschriften auch, daß im Fall des §. 305 dem Registergericht nicht die „Einzahlung des erhöhten Kapitals" nachgewiesen zu werden brauche. Dies (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 15) hat im Gesetz Ausdruck gefunden durch Anführung auch des §. 284 Abs. 3 (vgl. auch §. 284 Abs. 2 Ziff. 1) als unanwendbar im Fall des §. 305. Nimmt man jedoch an, daß die Vorschriften des im §. 284 Abs. 3 in Bezug genommenen §. 195 Abs. 3 über Einzahlungen und die in §. 284 Abs. 2 Ziff. 1 enthaltene Vorschrift über denselben Gegenstand überhaupt nur auf Bareinlagen anwendbar sind (so §. 195 Anm. IV a, Staub 7. Aufl. §. 284 Anm. 2), so liegt in der Nichtanwendbarkeit jener Vorschriften im Fall des §. 305 keine Abweichung von anderen Fällen einer Erhöhung bei Nichtbareinlage (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 16).

3. Beifügung des „Vertrages" (§ 305 Anm. I b, §. 186 Anm. II c) über die Vermögensübertragung ist vorgeschrieben (§. 305 Abs. 2). Dies folgt, da im Fall des §. 305 stets eine Nichtbareinlage vorliegt (oben Anm. III b 2), bereits aus §. 284 Abs. 2 Ziff. 2. Der §. 305 Abs. 2 setzt hinzu, daß der Vertrag nicht in Urschrift eingereicht zu werden brauche, sondern daß auch die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift genüge. Auch hierin liegt jedoch wohl keine sachliche Abweichung von §. 284 Abs. 2 Ziff. 2, denn einerseits wird allgemein die Einreichung von Abschriften statt der Urschriften einzureichender Schriftstücke zuzulassen sein, andererseits wird selbst in denjenigen Fällen, in denen die Urschrift formlos sein darf (§. 12 Anm. I a), die öffentliche Beglaubigung der statt dessen eingereichten Abschrift gefordert werden müssen. — Der §. 305 Abs. 2 hebt endlich hervor, daß der eingereichte Vertrag „von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigt" sein muß. Auch dies ist selbstverständlich, da vor dem Zustimmungsbeschluß jener Generalversammlung keine Bindung auf Seiten der Übertragerin, mithin kein „Vertrag", sondern höchstens ein Vertragsentwurf vorliegen würde. Das Generalversammlungsprotokoll, aus welchem sich der Zu-

stimmungsbeschluß ergiebt, ist beizufügen (Staub 7. Aufl. Anm. 15). „Genehmigt" steht ungenau statt „zugestimmt" (§ 303 Anm. II a 3). Für den Fall gleichzeitiger Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses und des Erfolgtseins der Erhöhung (§ 285) wird trotz des Wortlauts des § 305 Abs. 2 („genehmigt", „Vertrag", „aufgelöst") für genügend zu erachten sein, wenn nach dem Inhalt des betreffenden Zustimmungsbeschlusses (z. B. weil er aufschiebend durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bedingt ist; oben Anm. II) der Übertragungsvertrag spätestens mit der **Eintragung** des Erhöhungsbeschlusses (und der gleichzeitigen Eintragung der erfolgten Erhöhung) bindend für die Übertragerin wird. — Über die Strafbarkeit wissentlich falscher Angaben vgl. §. 313 Anm. III d 5.

4. **Keine Erzwingung durch Ordnungsstrafen.** Daß auch im Fall des § 305, ebenso wie in anderen Fällen von Anmeldung einer erfolgten Erhöhung (§. 284 Anm. II c), die Anmeldung zum Register des Sitzes nicht durch Ordnungsstrafen erzwingbar ist (vgl. §. 175 Anm. III c, 277 Anm. I c), ist ausdrücklich hervorgehoben in §. 319 Abs. 2.

IV. **Umtausch der Mitgliedscheine.** Nicht **notwendig** tritt ein Umtausch ein; vielmehr können die neuen Mitgliedscheine der Übernehmerin ausgegeben, die alten Mitgliedscheine der Übertragerin aber trotzdem in den Händen der Aktionäre gelassen werden. Statt Umtausches kann auch Stempelung oder ein anderes Verfahren angewendet werden; hierauf ist §. 305 Abs. 3 entsprechend anwendbar. Im Fall des §. 305 ist Stempelung statt Umtausches zweckmäßiger, da hier — abweichend vom Fall des §. 306 — nachträgliche Generalversammlungen nicht vollständig ausgeschlossen sind. Ist im Übertragungsvertrage bedungen (oben Anm. I f 2), daß die Übernehmerin die neuen Aktienurkunden an die übertragende **Gesellschaft** auszuhändigen hat, so ist nur diese Gesellschaft zur Durchführung des Verfahrens gemäß § 290 für berechtigt zu erachten; dagegen sowohl die Übertragerin wie auch die Übernehmerin, wenn bedungen ist, daß die Aktienurkunden unmittelbar von der Übernehmerin an die Aktionäre der Übertragerin ausgehändigt werden sollen (ähnlich Staub 7. Aufl. Anm. 8). In Denkschr. 168 ist zwar vorausgesetzt, daß nur der **Übernehmerin** die Rechte aus §. 305 Abs. 3 zustehen; im Gesetz ist dies jedoch nicht zum Ausdruck gekommen. Die Rechte aus §. 305 Abs. 3 folgen unmittelbar aus dem Gesetz; sie brauchen daher im Übertragungsvertrage nicht erwähnt zu werden (Staub a. a. O.). Voraussetzung ist im §. 305 Abs. 3 nicht, daß eine **Verminderung** der Zahl der Mitgliedscheine eintritt; der §. 290 ist vielmehr auch anwendbar, wenn eine **Vermehrung** erfolgt, jedoch so, daß die Zahl der neuen Mitgliedscheine nicht ohne Bruchteil durch die Zahl der alten teilbar ist.

V. **Reihenfolge bei Vornahme der einzelnen Maßregeln.** Die nachstehende Reihenfolge ist zu empfehlen:

1. Der „Übertragungsvertrag" (§. 305 Anm. I b) ist zwischen dem Vorstand bezw. den Liquidatoren der Übertragerin und dem Vorstand der Übernehmerin festzustellen und in gerichtlicher oder notarieller Form (§. 303 Anm. IV a) zu beurkunden. Zweckmäßig wird im Vertrage bedungen, daß die Bindung erlischt, falls die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses nicht binnen bestimmter Frist erfolgt ist (oben Anm. III a).
2. Die Generalversammlung der Übertragerin hat den Zustimmungsbeschluß (§ 303 Anm. II) zu fassen. Zweckmäßig wird der Beschluß als ein durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses betagter gefaßt (oben Anm. II).
3. Der Beschluß über Erhöhung des Grundkapitals (oben Anm. III b) ist zu fassen unter Beachtung der Vorschriften des §. 279 (oben Anm. III b 2). Staub 7. Aufl. Anm. 19 empfiehlt, zuerst den Erhöhungsbeschluß (zu 3) und erst dann den (unbedingten) Zustimmungsbeschluß (zu 2) zu fassen, um eine möglicherweise unnütze Auflösung der übertragenden Gesellschaft zu verhindern; auch diese Reihenfolge ist

für zulässig zu erachten, da es genügen muß, wenn das in §. 279 vorausgesetzte „Abkommen" auch für die Übertragerin erst bei Eintragung des Erhöhungsbeschlusses unbedingt bindend wird.

4. Der Erhöhungsbeschluß ist anzumelden (oben Anm. III c).
5. Die etwa noch nicht früher erfolgte Auflösung der übertragenden Gesellschaft ist anzumelden (§. 303 Anm. III a). Die Auflösung wirkt aber auch ohne Anmeldung (§. 293 Anm. IV). Ist der Zustimmungsbeschluß unbedingt, so ist bei Ordnungsstrafe (§. 14) die Anmeldung unmittelbar nach dem Zustimmungsbeschluß zu bewirken, selbst wenn ein Erhöhungsbeschluß noch nicht gefaßt ist.
6. Die Gläubigerschutzvorschriften sind zu erledigen.
7. Die einzelnen Vermögensstücke sind an die Übernehmerin zu übertragen.
8. Ein etwa unmittelbar durch die Übernehmerin durchzuführender Umtausch der Mitgliedscheine ist zu bewirken.
9. Die Erhöhung des Grundkapitals ist auf Grundkapitalkonto zu buchen (§. 278 Anm. II d, f 1). Es ist zweckmäßig, das Erfolgtsein der Erhöhung hierdurch (oder in anderer Weise) nicht früher als vor Erledigung der Maßregeln zu 7 und 8 zu erklären, da von dem Zeitpunkt dieser Erklärung ab die Anteilberechtigung (mithin auch das Stimmrecht) bezüglich der neuen Anteile endgiltig wirksam wird (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 19). Zulässig ist aber auch die Abgabe dieser Erklärung bereits vor den Maßregeln zu 5—8, z. B. durch Anmeldung des Erfolgtseins gleichzeitig mit Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses (§. 285).
10. Das Erfolgtsein der Erhöhung ist anzumelden (oben Anm. III e). Die Anmeldung beim Registergericht des Sitzes ist allerdings nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafen (oben Anm. III e 4); doch wirkt das Erfolgtsein auch ohne Anmeldung (§. 278 Anm. I b; dagegen, wie es scheint, Staub 7. Aufl. §. 287 und S. 918 Fußnote), wenngleich mit der Maßgabe, daß die Anteilrechte nicht vor der Eintragung mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft übertragbar sind, und Mitgliedscheine über diese Anteilrechte vorher nicht abgegeben werden dürfen (§. 287).
11. Das Erlöschen der Gesellschaftsfirma der Übertragerin ist anzumelden (§. 302 Anm. III).

§. 306.

Ausschluß der Liquidation bei Übertragung gegen Aktiengewährung.

Ist im Falle des §. 305 vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so finden die Vorschriften des §. 304 entsprechende Anwendung; außerdem gelten die folgenden besonderen Vorschriften.

Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ist durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten.

Der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bleibt bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen.

Bis zu demselben Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.

Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der anderen Gesellschaft nach Maßgabe

des §. 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden sind, und nur unter Beobachtung der nach §. 301 für die Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths der übernehmenden Gesellschaft sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesammtschuldner verantwortlich, die Mitglieder des Aufsichtsraths jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

A.D.H. Art. 247. **Entw. I** §. 279. **Entw. II** §. 297.

§. 306.

I. **Zulässigkeit eines Ausschließens der Liquidation.** Vgl. §. 304 Anm. I. Der freien Vereinbarung der Übertragerin mit der Übernehmerin ist überlassen, ob die Liquidation der Übertragerin ausgeschlossen werden soll (Denkschr. 167). Nur wenn eine dahingehende Vereinbarung erfolgt ist, kommt §. 306 zur Anwendung; andernfalls ist §. 303 Abs. 3 (§. 305) maßgebend.

II. **Voraussetzung des §. 306** ist, daß der Fall des §. 305 vorliegt, und daß außerdem die Ausschließung der Liquidation vereinbart ist.

a. **Der Fall des §. 305** ist die Übertragung des Vermögens einer A.G. als Ganzes an eine andere A.G. oder an eine K.A.G. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Hierüber vgl. §. 305 Anm. I.

b. **Ausschließung der Liquidation.** Vgl. §. 304 Anm. II. Ob die Vereinbarung über Ausschließung der Liquidation ein wirklicher Vertrag oder nur ein Teil des Beitrittsabkommens (§. 305 Anm. I b) ist, hängt davon ab, ob er im Einzelfall als selbständiger Vertrag (z. B. nach durchgeführter Erhöhung bei der Übernehmerin und begonnener Liquidation der Übertragerin; §. 304 Anm. II, Staub §. 306 Anm. 1) oder als Teil des „Übertragungsvertrages" geschlossen ist.

III. **Bei Einlegung des Gesellschaftsvermögens einer A.G. gegen Aktiengewährung unter Liquidationsausschluß anzuwendende Vorschriften.**

a. **Die Vorschriften des §. 304 Abs. 2—4 sind entsprechend anzuwenden** (§. 306 Abs. 1).

1. Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft. Über die Zustimmung zum Übertragungsabkommen vgl. §. 303 Anm. II (§. 304 Abs. 2 „auch"). Über die Zustimmung zum Liquidationsausschluß vgl. §. 304 Anm. III.
2. Wirkungen des Ausschließungsabkommens, insbesondere Gesamtnachfolge. Vgl. §. 304 Anm. IV.
3. Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses. Vgl. §. 304 Anm. V. Der §. 304 Abs. 3 schreibt vor, daß „der mit dem Übernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen" ist. Diese Vorschrift verfolgt den Zweck, zu verhindern, daß im Register der Übertragerin der Ausschließungsbeschluß zur Eintragung gelangen kann, bevor nachgewiesen ist, daß auch die Übernehmerin gebunden ist. Da aber im Fall des §. 306 die Übernehmerin erst gebunden ist, sobald zu der Feststellung des Übernahmeabkommens die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses hinzugekommen ist (§. 305 Anm. III a), und da die Eintragung des Ausschließungsbeschlusses als die für den Eintritt der Gesamtnachfolge entscheidende der anderen nachfolgen muß, wird eine entsprechende Anwendung des §. 304 Abs. 3 dahin gehen, daß bei Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses zum Register der Übertragerin nicht nur das Übertragungsabkommen als geschlossen, sondern auch die erfolgte Eintragung des Erhöhungs-

beschlusses als geschehen oder gleichzeitig erfolgend nachgewiesen wird (abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 8). Die Denkschrift 167 bemerkt: „Da die Eintragung einen für beide Gesellschaften bindenden Vertrag voraussetzt, so bedarf es keiner besonderen Vorschrift dahin, daß die Eintragung nur geschehen kann, wenn sowohl der Generalversammlungsbeschluß der aufgelösten Gesellschaft als der durch die Erhöhung des Grundkapitals der anderen Gesellschaft bedingte Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung dieser Gesellschaft bei dem Registergericht angemeldet sind. Das Registergericht hat die Rechtsgiltigkeit beider Beschlüsse zu prüfen und demnächst die Eintragung für beide Gesellschaften gleichzeitig vorzunehmen." Hier ist der Fall vorausgesetzt, daß für beide Gesellschaften dasselbe Registergericht zuständig ist. Sind verschiedene Registergerichte zuständig, so ergiebt sich aus der oben befürworteten entsprechenden Anwendung des §. 304 Abs. 3, daß zuerst der Erhöhungsbeschluß im Register der Übernehmerin und erst dann der Liquidationsausschließungsbeschluß im Register der Übertragerin eingetragen werden muß (abweichend Pinner Anm. III).

b. **Die Vorschriften des §. 305 sind anzuwenden,** soweit sie neben der entsprechenden Anwendung des §. 304 bestehen können. Denn der §. 306 ist nur ein Unterfall des §. 305 und bestimmt — außer soweit die Bezugnahme auf §. 304 eingreift — nichts von §. 305 Abweichendes.

1. Wirkungen für die übernehmende Gesellschaft. Vgl. §. 305 Anm. III. Da, wenn der Ausschließungsvertrag Teil des Übertragungsvertrags oder gleichzeitig geschlossen ist, im Zweifel als Absicht der Parteien angesehen werden muß, daß auch die erteilte Zustimmung der Generalversammlung zum Übertragungsvertrag aufschiebend durch die Eintragung der Liquidationsausschließung bedingt sein soll (§. 304 Anm. II), so folgt, daß — abweichend vom Fall des §. 305 (§. 305 Anm. III c) — die Wirkungen des Übertragungsvertrages für die Übernehmerin, insbesondere deren Haftung gegenüber den Gläubigern der Übertragerin, in der Regel nicht schon mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, sondern erst mit der hinzutretenden Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses eintreten. (Die Ansicht Staubs 7. Aufl. Anm. 10, der die Wirkung sogar erst mit der Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung eintreten lassen will, ist abzulehnen; sie hängt damit zusammen, daß er der Eintragung des Erfolgtseins anscheinend überhaupt begründende Wirkung beilegt; vgl. §. 305 Anm. V 10). Mit dem Zeitpunkt der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses beginnt dann nicht nur die beschränkte Haftung aus B.G. §. 419 (oben §. 303 Anm. IV b), sondern die unbeschränkte aus H.G.B. §. 304 Abs. 5 (§. 304 Anm. IV d 3). Aus derselben Auslegung des Zustimmungsbeschlusses zum Übertragungsvertrag als eines durch Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses aufschiebend bedingten folgt aber ferner, daß es im Fall des §. 306 für die Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung nicht genügt, den Übertragungsvertrag beizufügen, sondern daß auch das bereits früher erfolgte oder spätestens gleichzeitig erfolgende Eintreten der Bedingung, die Eintragung des Liquidationsausschlusses, nachgewiesen werden muß; andernfalls würde der Zweck der Vorschrift des §. 305 Abs. 2 vereitelt, die Eintragung des Erfolgtseins nicht vor dem Nachweis des Gebundenseins der Übertragerin zuzulassen (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 9).

2. Umtausch der Mitgliedscheine. Vgl. §. 305 Anm. IV. Findet der Umtausch erst nach Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses statt, so kann — abweichend vom Fall des §. 305 — nur die Übernehmerin den Umtausch bewirken, da die Persönlichkeit der Übertragerin erloschen ist (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 5, 20; dahingestellt R.G. XLI, 86).

c. die Gläubigerschutzvorschriften des §. 306 Abs. 2–6.

1. Getrennte Verwaltung (§. 306 Abs. 2). Der Abs. 2 bestimmt über die thatsächliche Trennung, der Abs. 4 über die rechtliche Trennung. Erstere soll vollständig, letztere nur in gewissen Beziehungen fortbestehen. — Die durch Gesamtnachfolge übergegangene Vermögensmasse ist fortan Gesellschaftsvermögen der Übernehmerin. Der Begriff einer getrennten Verwaltung wird weder hierdurch berührt, noch dadurch, daßnach den im Einzelfall etwa getroffenen Vereinbarungen sämtliche Aktionäre ohne Unterscheidung Anteil haben an dem bei der Verwaltung der mehreren Vermögensmassen entstehenden Gewinn oder Verlust, oder in Bezug auf jede der Massen Beschließungsrechte ausüben (R.G. IX, 19). Wesentlich ist aber sowohl eine Sonderung in der Buchführung wie auch außerdem ein körperliches Getrennthalten oder wenigstens Unterscheidbarhalten der zu den verschiedenen Massen gehörenden Sachen (Staub 7. Aufl. Anm. 14). — Während der getrennten Verwaltung ist der Gewinnüberschuß der besonderen Bilanz der Sondermasse in die Bilanz der Übernehmerin einzusetzen; er hat dort bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften des §. 306 Abs. 5 die Eigenschaft eines notwendigen (vgl. §. 289 Anm. IV d), von da ab bis zur Vereinigung (unten Anm. IV) die Eigenschaft eines freiwilligen Reservefonds.

2. Gerichtsstand (§. 306 Abs. 3). Nach dem Wortlaut des §. 306 Abs. 3 bleibt zweifelhaft, ob der Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft nur als wahlweiser bestehen bleibt. Staub 7. Aufl. Anm. 15 bejaht dies; indessen wird man sich wohl für Verneinung zu entscheiden haben. Einerseits wird anzunehmen sein, daß durch die Vorschrift des §. 306 Abs. 3 der Umfang der im bisherigen Gerichtsstand einklagbaren Ansprüche nicht vergrößert werden sollte, andererseits aber, daß bezüglich derjenigen Ansprüche, die sich auf das übernommene Vermögen beschränken, ein neuer Gerichtsstand auch nicht wahlweise neben dem bisherigen gesetzt werden sollte. Aus ersterem Gesichtspunkt würde folgen, daß Schuldklagen, wenn sie keine Beschränkung auf Vollstreckung in das übernommene Vermögen enthalten, nur im Gerichtsstand der Übernehmerin angestellt werden können. Aus letzterem Gesichtspunkt wäre abzuleiten, daß Schuldklagen, welche die erwähnte Beschränkung enthalten, nur — soweit kein besonderer Gerichtsstand (C.P.O. §§. 20 ff.) vorhanden — im Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft geltend gemacht werden können; ebenso bezüglich Anfechtungsklagen im Fall des §. 308; ebenso auch bezüglich eines auf das übernommene Vermögen beschränkten Konkursverfahrens.

3. Rechtlich getrenntes Fortbestehen des übernommenen Vermögens (§. 306 Abs. 4). Der getroffenen Regelung liegt die Anschauung zu Grunde, daß im Verhältnis zu den Gläubigern der Übertragerin bis zur Vereinigung der Vermögen die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft durch die neue Gesellschaft fortgesetzt werde (R.G. IX, 18). Die Bestimmung des §. 306 Abs. 4 bezweckt, den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen zuzugestehen (Denkschr. 168). Im Konkurse der Übernehmerin sind die Regeln über Aussonderung (K.O. §§. 43 ff.; vgl. auch K.O. §§. 16, 51) anzuwenden. Außerhalb des Konkurses (vgl. Denkschr. 168) entsprechend die Regeln über Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung auf Grund eines die Veräußerung hindernden Rechts (C.P.O. §. 771; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 16). Hierbei kann auch der Dritte im vorliegenden Fall durch die Behörden des Schuldners vertreten werden, da diese durch Personenvereinigung auch Vertreter des Sondervermögens sind. Für zulässig ist aber wohl auch zu erachten, daß jeder einzelne Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft als Kläger gemäß C.P.O. §. 771 auftritt (Pinner Anm

IV 2 c; dagegen Staub a. a. O.; vgl. R.G. XXXI, 382). Auch die Eröffnung eines besonderen Konkursverfahrens über das Sondervermögen ist zulässig (K.O. §. 207 Abs. 2, Denkschr. 168), gleichgiltig, ob auch über das sonstige Vermögen der Übernehmerin Konkurs eröffnet wird oder nicht. Gemeinschuldner auch im Sonderkonkurs ist aber die Übernehmerin (Staub 7. Aufl. Anm. 16); deren Behörden sind die im Verfahren in Betracht kommenden Vertreter des Gemeinschuldners. Wird über das Vermögen der Übernehmerin Konkurs eröffnet, so bewirkt die hierdurch erfolgende Auflösung der Übernehmerin den Eintritt der Liquidation bezüglich des Sondervermögens; an die Stelle der Verteilung des Überschusses an die Aktionäre tritt dessen Ausantwortung an die Haupt-Konkursmasse. Das Recht der Gläubiger der Übertragerin auf vorzugsweise Befriedigung besteht nicht nur gegenüber den bei Eintritt der Gesamtnachfolge (§. 304 Abs. 5) bereits vorhandenen, sondern auch gegenüber den erst später hinzukommenden Gläubigern der Übernehmerin (Denkschr. 168). — Umgekehrt dagegen sind die Gläubiger der Übertragerin außerhalb des Konkurses über das Hauptvermögen der Übernehmerin berechtigt, sich unbeschränkt auch an dies Hauptvermögen zu halten (§. 304 Anm. IV d 3), ohne daß sie zunächst an das Sondervermögen verwiesen werden können (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 16); ist Konkurs sowohl über das Hauptvermögen der Übernehmerin wie auch über das Sondervermögen eröffnet, so ist K.O. §. 212 entsprechend anwendbar.

4. Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger und Sperrzeit (§. 306 Abs. 5). Die Übernehmerin hat das Aufgebot nach näherer Maßgabe des §. 297 zu erlassen. Bezüglich der Sperrzeit ist auch hier zu beobachten, daß sie erst endet, wenn beide Voraussetzungen, Zeitablauf und Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten, erfüllt sind (§. 301 Anm. II).

5. Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Übernehmerin für getrennte Verwaltung (§. 306 Abs. 6). Der §. 306 Abs. 6 bestimmt nur über die Haftung gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft. Die Haftung ist nicht wie im §. 241 Abs. 4 Satz 1 als eine nur ergänzende gestaltet. In der Regel wird durch derartige gesetzwidrige Handlungen des Vorstandes auch die Übernehmerin selbst haftbar werden (B.G. §. 31; vgl. H.G.B. §. 125 Anm. I d, §. 231 Anm. IV; vgl. auch B.G. §. 817); dann haftet sie als Gesamtschuldnerin mit den haftenden Gesellschaftsbeamten. Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ist in §. 306 Abs. 6 entsprechend dem §. 249 Abs. 3 Satz 1 begrenzt. Der §. 241 Abs. 4 Satz 2 sowie die Verjährungsvorschriften des §. 241 Abs. 5 und §. 249 Abs. 4 sind für entsprechend anwendbar zu erachten. Für die Haftung der Gesellschaftsbeamten gegenüber der Gesellschaft sind die allgemeinen Vorschriften des §. 241 Abs. 1, 2, §. 249 Abs. 1, 2 maßgebend.

IV. **Vereinigung der beiden Vermögen.** Bis zu dieser Vereinigung soll die getrennte Verwaltung (Abs. 2), der bisherige Gerichtsstand (Abs. 3) und eine gewisse rechtliche Trennung der Vermögensmassen (Abs. 4) fortbestehen. Der Abs. 5 giebt eine Vorschrift über den Zeitpunkt der Vereinigung, und Abs. 6 sichert die Einhaltung dieser Zeitgrenze. Die Vereinigung besteht nicht in einer Rechtsübertragung, vielmehr nur in dem thatsächlichen Aufhören der Verwaltungstrennung. — Der Abs. 5 bestimmt nichts darüber, wann die Veinigung eintritt, sondern nur darüber, wann sie frühestens eintreten darf (ebenso Pinner Anm. IV 2 b). Die gegenteilige Ansicht Staubs (7. Aufl. Anm. 17), daß nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften des §. 301 die Vereinigung „gesetzlich als erfolgt gilt", da man der übernehmenden Gesellschaft nicht überlassen könne, dauernd die getrennte Verwaltung aufrechtzuerhalten, widerspricht dem Wortlaut des Abs. 5, führt auch nicht weiter, da es im Belieben der Gesellschaft liegt,

wann sie die Vorschriften des §. 301 erfüllen will. Durch eine übermäßig andauernde getrennte Verwaltung kann auch kein Schaden entstehen. Ist die Übernehmerin zahlungsfähig auch ohne Zuhilfenahme des Überschusses der Sondermasse, so haben die Gläubiger der ersteren kein Interesse an der Vereinigung; ist die Übernehmerin zahlungsunfähig, so können ihre Gläubiger durch Bewirkung der Konkurseröffnung die Liquidation der Sondermasse (oben Anm. IIIc 3) und Einziehung des Überschusses durch den Konkursverwalter herbeiführen.

V. **Reihenfolge bei Vornahme der einzelnen Maßregeln.** Unter der Voraussetzung, daß im Übertragungsvertrag oder gleichzeitig die Ausschließung der Liquidation vereinbart wird, ist nachstehende Reihenfolge zu empfehlen:

1. Feststellung des Übertragungsvertrages mit Ausschließungsvereinbarung in gerichtlicher oder notarieller Form zwischen den beiderseitigen Vorständen bezw. Liquidatoren; zweckmäßig unter Begrenzung der Bindung durch Setzung einer Frist für Eintragung des Erhöhungsbeschlusses. Vgl. §. 305 Anm. V 1.
2. Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Übertragerin zum Übertragungs-Vertrag mit Ausschließungsvereinbarung; auch soweit der Übertragungsvertrag in Betracht kommt, im Zweifel stillschweigend (oben Anm. IIIa 3) und daher zweckmäßig ausdrücklich betagt durch Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses.
3. Erhöhungsbeschluß der Übernehmerin. Vgl. §. 305 Anm. V 3. Der Erhöhungsbeschluß kann auch vor dem Zustimmungsbeschluß (zu 2) gefaßt werden (§. 305 Anm. V 3), jedoch nicht (was Pinner Anm. III annimmt) nur vor jenem.
4. Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses. Vgl. oben Anm. IIIb 1.
5. Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses und der Auflösung der Übertragerin. Vgl. oben Anm. IIIa 3.
6. Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung. Vgl. §. 305 Anm. V 9, 10.
7. Etwaiger Umtausch der Mitgliedscheine (oben Anm. IIIb 2), Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger und Berichtigung, Hinterlegung oder Sicherstellung des Geschuldeten (oben Anm. IIIc 4).
8. Aufhebung der getrennten Verwaltung nach Ablauf der Sperrzeit (oben Anm. IV).

Ist für die Sitze der Übertragerin und der Übernehmerin dasselbe Registergericht zuständig, so ist es zweckmäßig, die Anmeldungen zu 4, 5 und 6 zu verbinden. Notwendig ist dies aber nicht (a. M. Pinner Anm. III, der nicht beachtet, daß §. 305 Abs. 2 sich nicht auf die Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses bezieht).

IV. Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft (§. 307).

§. 307.

Ist eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden, so kann, wenn der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Das Gleiche gilt in dem Falle, daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt worden ist.

Die Fortsetzung der Gesellschaft ist von dem Vorstande zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

A.D.H. — Entw. I — Entw. II § 298.

§. 307.

I. **Begriff der Fortsetzung.** Vgl. §. 131 Anm. III. Die fortgesetzte Gesellschaft ist dieselbe Rechtspersönlichkeit wie die bisherige. Sie verbleibt daher in allen für die bisherige Gesellschaft bereits begründeten Rechtsverhältnissen, sowohl in den vor, wie in den nach Auflösung geschaffenen. Sie muß insbesondere auch die Handlungen der Liquidatoren bezw. des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen (Denkschr. 169) und haftet für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (R.G. XXVIII, 133). — Zu unterscheiden von dem als „Fortsetzung" bezeichneten und im §. 307 allein behandelten Fall der Fortsetzung nach Auflösung ist der Fall eines Durchdringens der Anfechtungsklage gegen einen Beschluß, der die Auflösung ausspricht oder der die Auflösung zur unmittelbaren Folge hat, insbesondere auch im Fall des §. 308. In diesen Fällen wird zwar auch die frühere Gesellschaft fortgesetzt, aber mit rückwirkender Kraft, so daß sie als niemals aufgelöst gewesen gilt. Ähnlich auch im Fall der Aufhebung des Konkursverfahrens infolge Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß.

II. **Zulässigkeit.**

a. **Regel.** Als Regel kann bei der A.G. die einmal eingetretene Auflösung nicht wieder rückgängig gemacht werden (Denkschr. 169). Dies folgt zwar aus dem Wortlaut des §. 307 ebensowenig wie für die offene Handelsgesellschaft aus §. 144; es ist jedoch daraus abzuleiten, daß andernfalls auf diesem Wege öffentlichrechtliche Vorschriften des Aktienrechts, insbesondere das Verbot der Rückzahlung von Grundvermögen, umgangen werden könnten. Wegen dieses öffentlichrechtlichen Gesichtspunkts ist daher — abweichend vom Fall der offenen Handelsgesellschaft (§. 131 Anm. III) — eine Fortsetzung in der Regel selbst dann nicht möglich, wenn alle Aktionäre zustimmen. Keine Fortsetzung liegt auch in einer stillschweigenden Fortführung des Betriebes nach Zeitablauf (§. 292 Anm. Ia) oder in einer Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform (§. 292 Anm. Ie 2). In allen solchen Fällen kann der wirtschaftliche Erfolg einer Fortsetzung nur auf dem Wege einer Neugründung unter Einlegung oder sonstiger Übertragung des Vermögens der alten Gesellschaft erreicht werden (§. 305 Anm. Ie, Staub 7. Aufl. Anm. 2, 3).

b. **Ausnahmefälle** sind nur (oben Anm. IIa) die in §. 307 Abs. 1 und 2 aufgeführten. Vorausgesetzt ist in beiden Fällen ausdrücklich, daß die Auflösung erst zu dem betreffenden Zweck erfolgt ist; war die Auflösung schon vorher erfolgt, so kann durch Fortsetzungsbeschlüsse nur die Fortsetzung der Liquidation erreicht werden (Staub 7. Aufl. Anm. 5), doch ist in solchem Fall ein ausdrücklicher Beschluß wohl überhaupt entbehrlich (Staub a. a. O. Anm. 9).

1. „Auflösung einer A.G. zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft." Selbst wenn unter letzteren Worten die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform verstanden sein sollte, fällt doch auch dies unter den Fall des §. 303 (§. 303 Anm. Ib). Auch die übrigen Fassungsverschiedenheiten sind bedeutungslos (§. 303 Anm. Ia); der §. 307 Abs. 1 behandelt lediglich denselben Fall wie der §. 303. Eingeschlossen ist daher insbesondere auch eine versuchte Verstaatlichung (§. 304) und eine versuchte Einlegung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes in eine andere A.G. oder K.A.G. (§§. 305, 306) oder eine G. m. b. H. (Denkschr. 169, Ges. betr. G. m. b. H. §§. 80, 81). Ein Fortsetzungsbeschluß ist nur zulässig, wenn bereits feststeht,

daß der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, d. h. nicht erreicht werden kann (Staub 7. Aufl. Anm. 8). Beispiele solches Nichterreichens des beabsichtigten Zwecks bei Staub 7. Aufl. Anm. 4. Über die Frage, in welchem Zeitpunkt der „Zweck erreicht" ist, also die Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses aufhört, vgl. Pinner Anm. II 1.

2. Auflösung durch Konkurseröffnung mit folgender Konkursaufhebung gemäß Zwangsvergleichs oder Konkurseinstellung. Die Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich und die Einstellung des Konkurses auf Antrag des Gemeinschuldners bewirken, da die Gesellschaft zunächst aufgelöst bleibt (§. 292 Abs. 1 Ziff. 3), das Eintreten der Liquidation. Wird daher binnen mäßiger Frist nicht die Fortsetzung der A.G. beschlossen, so sind nunmehr durch den bis zum Ende des Konkurses als Vertretungsbehörde im Amte gebliebenen (§. 292 Anm. I c 3) Vorstand die Liquidatoren anzumelden (§. 296, Denkschr. 169, Staub 7. Aufl. Anm. 13). Liquidation tritt auch ein, falls ein eröffnet gewesener Konkurs demnächst mangels Masse (K.O. §. 204) eingestellt wird (Pinner Anm. II 2). Erfolgt die Beendigung des Konkurses durch Ausschüttung der Masse, so ist damit Vollbeendigung der A.G. eingetreten (§. 292 Anm. II, §. 302 Anm. I), so daß daran nicht mehr eine Liquidation anknüpft. Nachträglich freiwerdende Beträge sind gemäß K.O. §. 166 zu verteilen; für eine Anwendung des H.G.B. §. 302 Abs. 4 ist in diesem Fall kein Raum, da er eine Liquidationsbeendigung durch Liquidatoren voraussetzt (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 11). — Über den Konkurs der A.G. vgl. §. 292 Anm. I c.

III. **Fortsetzungsbeschluß.** Liegen die Voraussetzungen des §. 307 Abs. 1 (insbesondere auch die Nichterreichbarkeit des Zwecks; oben Anm. II b 1) oder des §. 307 Abs. 2 vor, so tritt die Fortsetzung der A.G. doch nicht von Rechtswegen ein (Denkschr. 169); es ist vielmehr in den freien Willen der A.G. gestellt, ob sie Fortsetzung beschließen oder die Liquidation eintreten lassen bezw. weiterführen will. Für den Fortsetzungsbeschluß genügt nach allgemeiner Regel (§. 251 Abs. 1) einfache Stimmenmehrheit, soweit die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt (ebenso Pinner Anm. II 3, Keyßner Anm. 1). Rudorff zu Abs. 1 und Staub 7. Aufl. Anm. 7 verlangen die erhöhte Mehrheit des §. 292 Abs. 1 Ziff. 2. Der von ihnen geltend gemachte Grund, daß im Beschluß des §. 307 die Aufhebung eines gemäß §. 292 Abs. 1 Ziff. 2 gefaßten Beschlusses liege, versagt vollständig im Fall des §. 307 Abs. 2, ist jedoch auch für den Fall des §. 307 Abs. 1 nicht stichhaltig; ein gemäß §. 292 Abs. 1 Ziff. 2 gefaßter Beschluß kann überhaupt nicht, auch nicht mit erhöhter Mehrheit rückgängig gemacht werden (oben Anm. II a). Höchstens könnte es sich fragen, ob im Fall des §. 307 Abs. 1 die (infolge Satzungsbestimmung möglicherweise abweichend von §. 292 Abs. 1 Ziff. 2 bestimmte) Mehrheit des §. 303 einzuhalten wäre; aber auch dies ist zu verneinen, denn der Beschluß des §. 307 Abs. 1 enthält keine willkürliche Aufhebung des Beschlusses des §. 303, vielmehr eine neue, selbständige Entschließung, wie sie durch den neu hervorgetretenen Umstand der Nichterreichbarkeit des Zwecks erforderlich geworden ist; eine willkürliche Aufhebung, bevor die Nichterreichbarkeit sich ergeben hat, wäre auch mit erhöhter Mehrheit unzulässig.

IV. **Anmeldung.** Da die Auflösung der Gesellschaft infolge Vermögensübertragungsbeschlusses (§. 303 Anm. III a) und ebenso die Eröffnung, Aufhebung und Einstellung des Konkurses (§. 32) einzutragen sind, so ist auch die Anmeldung der Fortsetzung vorgeschrieben (Denkschr. 169). Ebenso wie die ersteren Eintragungen hat auch die Eintragung der Fortsetzung nur erklärende Wirkung (§. 15 Anm. III A; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 7, Pinner Anm. II 4; dagegen Cosack §. 119 V a, Keyßner Anm. 4). Anmeldepflichtig (§. 14) ist der zur Zeit der Anmeldung bestehende Vorstand in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 234 Anm. I c; vgl. §. 293 Anm. I). Dem Register-

gericht sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Fortsetzungsbeschlusses nachzuweisen (§. 12 Anm. II c); insbesondere daher im Fall des §. 307 Abs. 1 die Nichterreichbarkeit des Zwecks (Staub 7. Aufl. Anm. 8), im Fall des §. 307 Abs. 2 die Aufhebung des Konkurses infolge Zwangsvergleichs oder die Einstellung desselben auf Antrag des Gemeinschuldners (Staub 7. Aufl. Anm. 12).

V. Anfechtung des Übertragungsbeschlusses nach Erlöschen der Firma (§. 308).

§. 308.

Ist die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Uebergang ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft oder juristische Person ohne vorgängige Liquidation erloschen, so ist eine Anfechtung des den Uebergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten.

A.D.H. — **Entw. I** §. 280. **Entw. II** §. 299.

§. 308.

I. **Erlöschen der Firma durch liquidationslosen Übergang des Gesellschaftsvermögens.** Die Fälle einer Zulässigkeit des liquidationslosen Überganges vgl. in §. 304 Anm. I. In allen diesen Fällen erlischt mit Eintreten des Überganges die Rechtspersönlichkeit der bisherigen Gesellschaft (§. 292 Anm. I e), und dies hat auch das Erlöschen der bisherigen Firma zur Folge (so ausdrücklich §. 304 Abs. 5, §. 306 Abs. 1, nicht ausdrücklich G. m. b. H. §. 81), falls nicht im Einzelfall letztere mitübergeht (§. 304 Anm. IV d 4). Sind die Beschlüsse, auf denen die entscheidenden Eintragungen beruhen, nichtig, so ist aber trotz äußeren Anscheins weder die Rechtspersönlichkeit untergegangen noch die Firma erloschen (§. 273 Anm. I a). Die abgekürzte Fassung im Vordersatz des §. 308 ist daher nicht ganz genau, wenngleich klar; gemeint ist, daß diejenige Eintragung erfolgt ist, welche unter Voraussetzung der Giltigkeit des ihr zu Grunde liegenden Beschlusses den Übergang des Vermögens (und infolge dessen das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der bisherigen Gesellschaft, unter Umständen auch das Erlöschen der Firma) bewirken würde.

II. **„Den Übergang betreffender Beschluß."** Hierunter ist sowohl der Übertragungsbeschluß (§. 303 Anm. II) wie auch der Liquidationsausschließungsbeschluß (§. 304 Anm. III) begriffen (Denkschr. 170: „Beschlüsse"). Der Fall des §. 308 liegt vor, wenn auch nur einer jener Beschlüsse angefochten werden soll. Aber nur wenn die Anfechtung zu einer Zeit geschieht, zu welcher diejenige Eintragung bereits erfolgt ist, welche, wenn der ihr zu Grunde liegende Beschluß gültig wäre, den Übergang bewirken würde.

III. **Anfechtung.** Gemeint ist wohl nur eine Anfechtung auf Grund der §§. 271—273 (dagegen Pinner zu §. 308). Doch ist die Vorschrift wohl entsprechend auch auf andere Fälle der Anfechtung oder Nichtigkeitsklage anzuwenden.

IV. **Folgen der Nichtigerklärung.** Vgl. §. 273 Anm. I. Die Fragen, ob durch Nichtigerklärung des Übertragungsbeschlusses auch der entsprechende Erhöhungsbeschluß und, falls man dies bejaht, ob auch die auf Grund desselben ausgegebenen Aktienurkunden selbst in Händen redlicher Dritter nichtig werden, führen zurück auf die allgemeinen Fragen, welche Wirkung die Nichtigkeit einer Beitrittserklärung auf das Bestehen einer daraufhin erfolgten Eintragung als Aktiengesellschaft (vgl. §. 182 Anm. II c, Denkschr. 170), und welche Wirkung die Übertragung eines Anteilrechts durch einen Nichtberechtigten (vgl. §. 219 Anm. IV) hat.

VI. Nichtigkeit der Gesellschaft (§§. 309—311).

Nichtigkeitsklage. §. 309.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach §. 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Die Vorschriften der §§. 272, 273 finden entsprechende Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 281. **Entw. II** §. 300.

§. 309.

I. **Fehlen oder Nichtigkeit einer nach §. 182 Abs. 2 wesentlichen Satzungsbestimmung.** Nur auf diesen Fall der Nichtigkeit einer A.G. beziehen sich die §§. 309—311; über andere Fälle der Nichtigkeit vgl. unten Anm. III. Unter „nichtig" in §. 309 ist nur diejenige Nichtigkeit verstanden, welche auf der sachlichen Unzulässigkeit des Inhalts der betreffenden Bestimmungen beruht, nicht etwa auch diejenige, welche auf einem Verstoß bei dem zu der Feststellung jener Bestimmungen führenden Verfahren beruht (Staub 7. Aufl. Anm. 3); über den letzteren Fall vgl. unten Anm. III. Über die einzelnen Bestimmungen des §. 182 Abs. 2 vgl. §. 182 Anm. IV b. — **Voraussetzung** der §§. 309—311 ist ferner, daß wenigstens dem äußeren Anschein nach eine A.G. vorhanden ist, daß mithin eine Eintragung derselben in das Handelsregister bereits stattgefunden hat (Esser Anm. 2, Staub 7. Aufl. Anm. 1). Auf Zweigniederlassungen ausländischer nichtiger A.Gen. sind §§. 309—311 nicht anwendbar (abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 17); vielmehr bleibt es in diesem Fall bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze (vgl. unten Anm. III).

II. **Nichtigkeitsklage.** Über den Wert des Streitgegenstandes vgl. §. 272 Anm. VI.

a. **Klageberechtigt** ist jeder Gesellschafter, jedes Mitglied des Vorstandes und jedes Mitglied des Aufsichtsrats (§. 309), d. h. diejenigen Personen, welche diese Eigenschaft hätten, wenn diejenigen Mängel, auf welche die Nichtigkeitsklage gestützt wird, nicht vorhanden wären. Hierdurch sind die abweichenden Bestimmungen, welche §. 271 Abs. 3, 4 für die Berechtigung zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen giebt, ersetzt. Der Einwand, daß der Kläger aus einem anderen Grunde als darum, weil die Gesellschaft aus den durch Klage geltend gemachten Gründen nichtig sei, nicht „Gesellschafter" oder „Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats" sei, kann ihm wirksam entgegengesetzt werden. Auch der Treuhänder ist berechtigt zur Nichtigkeitsklage (vgl. §. 271 Anm. V a 1). Über die Bestrafung mißbräuchlicher Benutzung eines fremden Anteilrechts zur Ausübung des in §. 309 bezeichneten Rechts vgl. §. 318.

b. **Beklagte und ihre Vertreter.** Vgl. §. 272 Anm. I.

c. **Zuständiges Gericht.** Vgl. §. 272 Anm. II.

d. **Verbindung mehrerer Nichtigkeitsklagen.** Vgl. §. 272 Anm. III. Die Verbindung mehrerer Anfechtungsklagen ist zwingend vorgeschrieben in §. 272 Abs. 2 Satz 3, und für die Möglichkeit der Verbindung ist gesorgt durch die Vorschrift des §. 271 Abs. 2, daß die Anfechtungsklage binnen bestimmter Frist zu erheben sei, und durch die Vorschrift des §. 272 Abs. 2 Satz 2, daß die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf jener Frist erfolgen dürfe. Da §. 271 Abs. 2 auf die Nichtigkeitsklage nicht anwendbar ist, so auch nicht §. 272 Abs. 2 Satz 2. Hieraus folgt aber, daß mehrere Nichtigkeitsklagen sich gleichzeitig in verschiedenen Lagen des Verfahrens befinden können. In solchen Fällen aber ist eine Verbindung nicht angängig. Dann aber

führt auch eine Aussetzung des Verfahrens bezüglich der später angestellten Klage nicht zum Ziel, da den neuen Kläger das Schicksal der früheren Klage, wenn es der Nichtigerklärung ungünstig ist, nicht bindet. Daher führt die entsprechende Anwendung des §. 272 Abs. 2 Satz 3 dahin, daß eine Verbindung mehrerer Klagen nur dann stattzufinden hat, wenn sie sich in gleicher Lage des Verfahrens befinden.

e. **Sicherheitsleistung.** Vgl. §. 272 Anm. IV.

f. **Bekanntmachung** der Klageerhebung und des Verhandlungstermins. Vgl. §. 272 Anm. V.

g. **Wirkung der Nichtigerklärung** für und gegen alle Aktionäre. Vgl. §. 273 Anm. I a, §. 311. Über **Wirkung** gegenüber Dritten vgl. §. 311 Anm. III b, c.

h. **Einreichungspflicht.** Vgl. §. 273 Anm. I b.

i. **Eintragung** der Nichtigkeit (§. 311 Anm. I b) in das Handelsregister und Bekanntmachung der Eintragung sind stets zu bewirken (vgl. §. 273 Abs. 1 Satz 2), da die Entstehung der Gesellschaft eingetragen und bekannt gemacht (§§. 198—200) sein mußte, wenn eine Klage auf Grund des § 309 überhaupt möglich sein sollte (oben Anm. I).

k. **Haftung der Kläger wegen böslicher Handlungsweise.** Vgl. §. 273 Anm. IV.

III. **Nichtigkeit der A.G. aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen §. 182 Abs. 2.**

a. **Sind solche Fälle möglich?** Die Denkschr. 170 bemerkt: „Daß eine A.G. troß der Eintragung in das Handelsregister nicht besteht, wenn im Gesellschaftsvertrag eine der vom Gesetze für wesentlich erklärten Bestimmungen fehlt oder wenn eine solche Bestimmung ungiltig ist, gilt schon jetzt als zweifellos. Andererseits wird in der Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegend angenommen, daß sonstige Mängel des Gründungsherganges im allgemeinen nicht genügen, um die Giltigkeit der in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nachträglich in Frage zu stellen, wenngleich sie unter Umständen die Folge haben können, daß eine größere oder geringere Zahl von Übernehmern oder Zeichnern von Aktien befugt ist, ihre Beteiligung als unverbindlich anzufechten. Auf diesen Standpunkt, welcher dem praktischen Bedürfnis und dem Interesse aller Beteiligten am meisten entspricht, stellt sich auch der Entwurf: die Vorschriften desselben über die Nichtigkeit der A.G. beziehen sich nur auf den Fall, daß Mängel in Betreff der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags vorliegen." Das Gesetz bestimmt über die Folge sonstiger Mängel nichts; in dieser Beziehung bleiben daher die allgemeinen Grundsätze maßgebend (ebenso Pinner Anm. II); auch die vorstehenden Worte der Denkschrift sind wohl nicht in anderem Sinne gemeint; nur ist dort vorausgesetzt, daß bezüglich der sonstigen Mängel die allgemeinen Grundsätze dazu führen, anzunehmen, daß sie „im allgemeinen nicht genügen, um die Giltigkeit der eingetragenen Gesellschaft in Frage zu stellen." Selbst in der Denkschrift ist daher zugegeben, daß in besonderen Fällen auch aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen §. 182 Abs. 2 Nichtigkeit eintreten kann. Weitergehend heißt es allerdings im Bericht der Reichstagskommission S. 97: „Dem wurde seitens der verbündeten Regierungen entgegengehalten: . . . Hier, in diesem Gesetze seien die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage genau normirt und auf die Fälle, daß wesentliche Bestimmungen des Statuts fehlen oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist, beschränkt" und: „Mit der in §. 300" (jetzt §. 309) „enthaltenen Bestimmung ist das Gebiet der Nichtigkeitsklage umgrenzt. Darüber hinaus, also wegen sonstiger Mängel des Gründungshergangs, kann eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben werden. Diese Auffassung stellte im Einklang mit der Denkschrift die Kommission als die ihrige fest." Demgemäß nimmt in der That Staub 7. Aufl. Anm. 2 gegen Pinner Anm. II, III und Cosack §. 115 VI 1 an, daß in keinem anderen Fall als bei Verstoß gegen §. 182 Abs. 2

Nichtigkeit der A.G. eintreten könne (eine Ausnahme muß dann auch Staub §. 310 Anm. 2 zugeben). Dennoch, und trotzdem auch §. 144 G. fr. Ger. nach gleicher Richtung weist, ist letztere Ansicht nicht haltbar. Sie würde, streng durchgeführt, zu Widersprüchen mit anderen Gesetzesbestimmungen führen, so z. B. unter Umständen mit den durch §. 178 festgestellten Merkmalen einer A.G., unter Umständen mit dem Grundsatz (vgl. z. B. §. 292 Anm. Id), daß kein Verein ohne Mitglieder bestehen kann. Man denke z. B. an den Fall einer Fälschung aller in Betracht kommenden Unterschriften.

b. **Die einzelnen Fälle.** Die Grenze, bei welchen Verstößen Nichtigkeit eintritt, bei welchen anderen nicht, ist allerdings mangels ausdrücklicher Vorschrift schwer zu ziehen. Das Eintreten der Nichtigkeit wird jedenfalls nur anzunehmen sein, wenn der betreffende Verstoß ein besonders schwerer und gegen sachliche Vorschriften gerichtet (abweichend Pinner Anm. III), nicht auch, wenn er minder schwer oder nur gegen Formvorschriften gerichtet ist, oder wenn er nur Ordnungsvorschriften betrifft, die sich auf die der Eintragung vorhergehenden Vorbereitungshandlungen beziehen (R.O.H. XVI, 358; vgl. R.G. v. 10. Juni 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 549). Keine Nichtigkeit der Gesellschaft folgt ferner aus dem thatsächlichen Nichtvorhandensein eines Vorstandes (B.G. §. 29) oder Aufsichtsrats (R.O.H. XIV, 313, H.G.B. §. 315 Ziff. 1). Als Fälle der Nichtigkeit werden hiernach namentlich folgende in Betracht kommen:

1. Verstöße gegen den Begriff der Aktiengesellschaft. Es sind Fälle denkbar, in denen gegen den durch §. 178 festgelegten Begriff (§. 178 Anm. Ia) verstoßen ist, ohne daß gleichzeitig ein Verstoß gegen § 182 Abs. 2 vorliegt. So z. B. wenn vereinbart ist, daß nicht jeder Gesellschafter eine Einlage versprechen, oder daß einzelne Gesellschafter persönlich haften sollen. Ist die betreffende Bestimmung als unwesentlich zu erachten, so ist nur sie nichtig, und die Gesellschaft besteht (B.G. §. 139); ist dagegen die betreffende Bestimmung als wesentlich für den Vereinserrichtungswillen zu erachten, so ist die Gesellschaft als Aktiengesellschaft nichtig. Im letzteren Fall entscheiden die Umstände des Einzelfalls, ob die Gesellschaft als eine andere Gesellschaftsform Bestand hat (B.G. §. 140), oder ob dies ausgeschlossen ist, z. B. weil nur in der Form der Aktiengesellschaft die gewollte Beschränkung der Haftung verwirklicht werden kann (R.G. XXI, 158). — Ein in der Satzung enthaltener Verstoß gegen andere als die in §§. 178, 182 Abs. 2 enthaltenen Bestimmungen bewirkt nicht Nichtigkeit der A.G., sondern nur Nichtigkeit der betreffenden Satzungsbestimmung (ähnlich Staub 7. Aufl. Anm. 2; vgl. B.G. §. 139); so z. B. bei einem Verstoß gegen das Gebot (§. 182 Abs. 3), Bekanntmachungen in den Reichsanzeiger einzurücken, oder gegen das Verbot (§. 215 Abs. 1) auf Verteilung von Zinsen (dagegen Pinner Anm. II).
2. Nichtvorhandensein einer sachlich giltigen Erklärung des Vereinserrichtungswillens (§§. 188, 196). So z. B. wenn bei Gleichgründung sämtliche Gründer nicht geschäftsfähig waren (ebenso Staub 7. Aufl. §. 310 Anm. 2), oder die für die Gründer auftretenden Vertreter keine Vertretungsmacht hatten. Ebenso z. B. wenn bei Stufengründung der Errichtungsbeschluß wegen sachlicher Mängel, wie Nichterreichung der vorgeschriebenen Mehrheiten, nichtig war und mit Erfolg angefochten wird (vgl. §. 197 Anm. II b, R.G. XVIII, 71). Dagegen wird die A.G. nicht dadurch nichtig, daß nur vereinzelte Beitrittserklärungen nichtig sind (R.O.H. VII, 242, R.G. V, 77, Staub 7. Aufl. §. 310 Anm. 2, Cosack §. 115 VI 1; dagegen Pinner Anm. IV 2). Letzteres ist auch vorausgesetzt in §. 202 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2. Bei welcher Mehrzahl nichtiger Beitrittserklärungen man die Nichtigkeit der A.G. anzunehmen hat, ist zweifelhaft (vgl. R.O.H. XX, 279). Dem Fall der Nichtigkeit vereinzelter Beitrittserklärungen steht gleich das Nichterreichen der vollen Fünfzahl der Gründer; auch hierdurch wird nicht die Nichtigkeit der A.G. bewirkt (Staub 7. Aufl. Anm. 3 gegen Pinner Anm. III). Auch

andere Verstöße gegen die Vorschriften des §. 182 Abs. 1 über die Satzungsfeststellungs-Verhandlung sind als durch die Eintragung geheilt zu erachten (Staub a. a. O. gegen Pinner Anm. II, III).

3. Anmeldung der Gesellschaft durch Nichtberechtigte. Da jedem einzelnen derjenigen Personen, welche bei der Anmeldung mitzuwirken haben, freisteht, ob er anmelden oder ob er durch seine Weigerung eine giltige Anmeldung unmöglich machen will (§. 319 Abs. 2), so ist es nicht angängig, anzunehmen, daß in letzterem Fall durch ein Versehen oder eine Täuschung des Richters und die hierdurch veranlaßte Eintragung sein Recht vereitelt werden kann. Und nicht nur sein Recht; denn gerade der Umstand, daß der Betreffende zu der Anmeldung hinzugezogen werden mußte, und ohne seinen Willen nichts geschehen konnte, kann für viele Grundkapital-Übernehmer bei Abgabe der Übernahmeerklärung bestimmend gewesen sein. Auch hier ist indessen, wie zu 2, nicht jeder kleine Verstoß als die Nichtigkeit der A.G. bewirkend anzusehen. Die Grenze ist auch hier zweifelhaft. Für nichtig ist die A.G. zu erachten z. B. wenn die Anmeldung durch einen völlig Unbeteiligten bewirkt ist (Cosack §. 115 VI 1, Pinner Anm. II; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 2). Für nicht nichtig z. B. wenn ein Vorstandsmitglied mitgewirkt hat, das damals allgemein für ordnungsmäßig bestellt angesehen wurde, während in Wahrheit seine Wahl nichtig war. In den zwischenliegenden Fällen, z. B. wenn nur ein Teil der Gründer oder allein der Vorstand angemeldet hat (für diese Beispiele nimmt Cosack a. a. O. Nichtigkeit, Staub a. a. O. Giltigkeit an), wird die Entscheidung davon abhängig zu machen sein, ob im Einzelfall der Verstoß ein so schwerer ist, daß für Beteiligte, welche durch ihre Zahl oder durch die Höhe ihrer Einlagen erheblich ins Gewicht fallen, die Erwartung der Einhaltung der verletzten Vorschrift mitbestimmend für ihre Mitwirkung bei Errichtung oder Anmeldung war. — Keine Nichtigkeit wird dadurch bewirkt, daß sich eine der bei Anmeldung abgegebenen Versicherungen, z. B. die Angabe, daß Barzahlung erfolgt sei, als wahrheitswidrig herausstellt (R.O.H. VII, 242, R.G. V, 78, R.G. v. 18. Febr. 1896 Z.f.H. Bd. 47 S. 105).

c. **Wirkung der Nichtigkeit.** In denjenigen Fällen der Nichtigkeit, welche nicht unter §. 309 fallen, sind in der Regel weder §. 310 noch §. 311 Abs. 2, 3 anwendbar; doch ist in entsprechender Anwendung des §. 310 auch in diesen Fällen eine Heilung des Mangels durch Nachholung des Versäumten für zulässig zu erachten (dagegen Pinner §. 310 Anm. I).

IV. **Löschung von Amts wegen.** Hierüber bestimmt G.fr.Ger. §. 144 (abgedr. S. 170): „Eine in das Handelregister eingetragene A.G. oder K.A.G. kann gemäß den Vorschriften der §§. 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§. 309, 310 H.G.B. die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann . . .“ Diese Vorschrift wird entsprechend auch auf andere Fälle der Nichtigkeit anzuwenden sein (Pinner Anm. V 2; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 15), wenn man solche Fälle überhaupt als möglich erachtet (oben Anm. III). Das Verfahren vor dem Registergericht und die Nichtigkeitsklage können nebeneinander hergehen; der Nichtigkeitskläger kann sich auch in ersterem Verfahren beteiligen (vgl. §. 273 Anm. V c). — Nach Verfgg. d. Preuß. Justizmin. v. 7. Novbr. 1899 §. 34 (Bd. III S. 401) ist in der gemäß G.fr.Ger. §. 144 Abs. 1 ergehenden Benachrichtigung, sofern der Mangel bis zur Löschung geheilt werden kann, auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinzuweisen.

§. 310.

Heilung von Mängeln des Gesellschaftsvertrages.

Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammen-

setzung des Vorstandes, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs über eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn der Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft bestimmt sind.

A.D.H. — **Entw. I** §. 282. **Entw. II** §. 301.

§. 310.

I. **Heilbare Mängel.** Wie §. 309, so bezieht sich auch §. 310 nur auf Verstöße gegen §. 182 Abs. 2. Von diesen erklärt er als in den Formen eines Satzungsänderungsbeschlusses heilbar alle Verstöße mit Ausnahme eines solchen gegen §. 182 Abs. 2 Ziff. 3, also gegen die Vorschrift, daß die Satzung „die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien" zu bestimmen habe. Damit ist nicht gesagt (was Staub 7. Aufl. Anm. 1, Pinner Anm. II 1 annehmen und auch Denkschr. 171 voraussetzt), daß ein Verstoß gegen die letztere Vorschrift unheilbar sei; vielmehr ist auch ein solcher Verstoß — ebenso wie bei Nichtigkeit aus anderen Gründen als wegen Verstoßes gegen §. 182 Abs. 2 (§. 309 Anm. III c) — heilbar durch Nachholung des Versäumten. Unter Umständen allerdings wird eine solche Nachholung nicht möglich sein, in anderen Einzelfällen dagegen ist eine solche Möglichkeit vorhanden; nur wird oft nicht eine bloße Satzungsänderung genügen, vielmehr auch eine entsprechende Änderung der Einlageversprechen, der zu leistenden Einzahlungen und der hierüber abzugebenden Versicherungen hinzukommen müssen. Bis diese im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften nachträglich erfüllt sind, bleibt die A.G. nichtig; die Erfüllung dieser Vorschriften kann auch nicht durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ersetzt werden (Denkschr. 171). — Kein Verstoß gegen §. 182 Abs. 2 Ziff. 3, der nur über den Inhalt der Satzung bestimmt, und überhaupt kein Nichtigkeitsgrund liegt in einem Fortfallen vereinzelter Beitrittserklärungen (§. 309 Anm. III b 2; vgl. §. 278 Anm. II c); ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 2; die gegenteilige Ansicht Pinners §. 309 Anm. IV 2 beruht auf einer Verwechselung von „Grundkapital" (§. 178 Anm. II a) und „Grundvermögen" (vgl. §. 278 Anm. II b). Ebensowenig in dem thatsächlichen Nichterfolgtsein der vorgeschriebenen Einzahlungen (§. 309 Anm. III b 3).

II. **Ein den Vorschriften über Satzungsänderung entsprechender Beschluß der Generalversammlung** genügt nach §. 310 zur Heilung von Verstößen gegen §. 182 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 4—6. Über die Erfordernisse eines Satzungsänderungsbeschlusses vgl. §. 275 Anm. I b, c. Der Beschluß bedarf hiernach der einfachen Mehrheit, soweit die Satzung nicht eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorschreibt (§. 251 Abs. 1) und ferner — in Ermangelung einer anderen Satzungsbestimmung — einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (§. 275 Abs. 1). Auch §. 277 ist zu beobachten; der Beschluß wirkt daher erst durch Eintragung (§. 277 Abs. 3; ebenso Staub Anm. 3, Pinner Anm. II 2); die Anmeldung zum Register des Sitzes ist nicht erzwingbar (vgl. §. 319 Abs. 2). Eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses ist zulässig unter entsprechender Anwendung der §§. 271 ff. (vgl. §. 197 Anm. II; ebenso Pinner Anm. II 2). — Eine Frist für die Möglichkeit einer Heilung ist nicht vorgeschrieben (Pinner Anm. II 3, Staub 7. Aufl. Anm. 3); die Heilung ist daher zulässig bis die Nichtigkeit endgiltig erklärt ist, also bis ein auf Nichtigkeit lautendes Urteil rechtskräftig geworden ist (§. 273 Anm. I; nicht, wie Staub

Anm. 3, Pinner Anm. II 3 annehmen, bis zur Eintragung dieses Urteils) oder bei einem gemäß G.fr.Ger. §. 144 eingeleiteten Verfahren bis zum Erlassen der Löschungsverfügung oder Rechtskraft der den Widerspruch zurückweisenden Verfügung (vgl. G.fr.Ger §§. 144 Abs. 1, 142 Abs. 3, 141 Abs. 3, 4).

III. **Mangel betreffend die Bestimmungen über die Form der Berufung einer Generalversammlung.** Ist gegen §. 182 Abs. 2 Ziff. 5 verstoßen, gleichviel in welcher Beziehung, so hat nach §. 310 Satz 2 die Berufung nicht — wie aus §§. 255 Abs. 1, 197 abzuleiten wäre — in der durch die Satzung bestimmten Weise zu erfolgen, sondern durch Einrückung in den Reichsanzeiger (§. 10) und die vom Gericht des Sitzes gemäß §. 11 für seine Veröffentlichungen bestimmten sonstigen Blätter. Man wird wohl anzunehmen haben, daß auch diejenigen auf die Berufungsform bezüglichen Satzungsbestimmungen, welche durch den vorhandenen Mangel an sich nicht berührt werden, hierbei nicht beobachtet zu werden brauchen, vielmehr die gesetzlichen Regeln an deren Stelle treten. So z. B. bezüglich der Berufungsberechtigten, der Zahl der Einrückungen, der Berufungsfrist, der Art der Unterschriften. Zu beobachten sind jedoch — soweit nicht für sich nichtig — etwaige Satzungsbestimmungen, welche das Stimmrecht von Hinterlegung der Mitgliedscheine abhängig machen; ebenso die Vorschriften (§§. 256, 274 Abs. 2) über Ankündigung der beabsichtigten Satzungsänderung.

IV. **Wirkung der Heilung.** Die Heilung wirkt erst vom Zeitpunkt der Eintragung des Heilungsbeschlusses (oben Anm. II); sie hat keine rückwirkende Kraft (B.G. §. 141; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 5; dagegen Pinner Anm. III). — Die Zeichner werden daher frei, wenn die Zeit, für welche sie sich gebunden hatten (§. 189 Abs. 3 Ziff. 4), vor Fassung des Heilungsbeschlusses und Anmeldung desselben abgelaufen ist (vgl. Litthauer Anm. a, Staub a. a. O.); auf den Zeitpunkt der Eintragung kommt es in dieser Beziehung nicht an (vgl. §. 189 Abs. 3 Ziff. 4); das Freiwerden von Zeichnern kann geheilt werden (§. 189 Abs. 4); auch bewirkt der Fortfall vereinzelter Zeichnungen nicht Nichtigkeit der Gesellschaft (§. 309 Anm. III b 2). — Die vor Eintragung des Heilungsbeschlusses ergangenen Beschlüsse der Gesellschaft bleiben nichtig (Staub 7. Aufl. Anm. 5); sie wirken für die Zeit bis zur Heilung und für die Zukunft nur in demselben Umfange, in welchem sie gewirkt hätten, wenn Heilung nicht erfolgt wäre (§. 311 Abs. 2, 3, G. fr. Ger. §. 32; vgl. §. 15 Anm. III A c 1); um für die Zukunft voll wirksam zu werden, müssen sie daher neu vorgenommen (Staub a. a. O.) oder bestätigt (B.G. §. 141) werden. Dies gilt auch von den bisherigen Wahlen zu Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats (dagegen Staub §. 309 Anm. 13).

§. 311.

Rechtsverhältnisse der nichtigen Gesellschaft.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

A.D.H. — **Entw. I** §. 283. **Entw. II** §. 302.

§. 311.

I. **Eintragung der Nichtigkeit in das Handelsregister.**

a. **Hat die Eintragung erklärende oder begründende Wirkung?** Nach Denkschrift 171

erklärende. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Doch ist der §. 311 Abs. 3 infolge seines Zusammenhanges mit Abs. 1 wohl dahin zu verstehen, daß die in Abs. 3 bestimmte Einzahlungspflicht der Aktionäre erst mit der Eintragung, nicht bereits mit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils beginnt. Ist der Abs. 3 so gemeint, so hat die Eintragung in dieser beschränkten Beziehung begründende Wirkung.

b. **„Die Nichtigkeit"** ist in §. 311 Abs. 1 als eingetragen vorausgesetzt. Hiermit in Widerspruch tritt §. 309 Satz 2, §. 273 Abs. 1 Satz 3, wonach „das Urteil" einzutragen ist. Doch ist wohl die Fassung des §. 273 Abs. 1 Satz 3 die ungenauere, dagegen diejenige des §. 311 Abs. 1 die genauere, und es ist daher (in Berichtigung von §. 273 Anm. I c) der Auslegung in Vfgg. d. Preuß. Justizmin. v. 7. Novbr. 1899 §§. 33, 34 (Bd. III S. 400) beizustimmen, wonach in beiden Fällen nur ein Vermerk, daß der Beschluß bezw. die Gesellschaft nichtig sei, einzutragen ist.

c. **Nur den Fall, daß gemäß Nichtigkeitsurteil** die Eintragung der Nichtigkeit erfolgt, sollte §. 311 regeln (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 2). Die Eintragung der Nichtigkeit gemäß von Amts wegen erlassener Verfügung des Registergerichts ist in Denkschr. 171 und G. fr. Ger. §. 144 nicht als „Eintragung der Nichtigkeit", sondern als „Löschung der Gesellschaft" bezeichnet. Indessen sind die Vorschriften des §. 311 auch auf letzteren Fall entsprechend anzuwenden (ebenso Pinner Anm. I).

II. **Die einzelnen Absätze des §. 311 haben verschiedene Voraussetzungen.**

a. **Der Abs.** 1 nennt zwar als seine Voraussetzung, daß die Nichtigkeit eingetragen sei; dies ist indessen wohl nicht genau. Wie die auf die Auflösung bezüglichen Vorschriften bereits an die Thatsache der Auflösung, nicht erst an deren Eintragung anknüpfen (§. 293 Anm. IV), und da auch für die Eintragung der Nichtigkeit nur erklärende Wirkung in Anspruch genommen ist (oben Anm. I a), so werden die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften bereits von dem Zeitpunkt der endgiltigen Nichtigkeitserklärung an zur Anwendung zu bringen sein, also (§. 309 Anm. II) bereits seit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils, dem Erlassen der Löschungsverfügung oder der Rechtskraft der den Widerspruch zurückweisenden Verfügung.

b. **Der Abs**. 2 knüpft nach seinem Wortlaut weder an die Nichtigerklärung, noch an die Nichtigkeitseintragung, sondern an die Nichtigkeit an. Zweifelhaft ist, ob er nur bestimmen soll, wie nach Nichtigkeitserklärung bezw. -eintragung die früher vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirken, oder ob er die Wirkung der letzteren ohne Rücksicht darauf bestimmen will, ob eine Nichtigkeitserklärung bezw. -eintragung folgt. Dies braucht indessen nicht entschieden zu werden, weil selbst wenn er die letztere weitere Bedeutung haben sollte, er sachlich nichts von dem hierfür maßgebenden G.fr.Ger. §. 32 Verschiedenes bestimmt (unten Anm. III a 2).

c. **Der Abs. 3** ist wohl dahin auszulegen, daß für ihn die Eintragung der Nichtigkeit Voraussetzung ist (oben Anm. I a). Vor Eintragung der Nichtigkeit kann die Leistung von Einlagen unbedingt verweigert werden (unten Anm. III a 3).

III. **Wirkung der Nichtigkeit** einer eingetragenen A.G.

a. **Bis zur Eintragung des Heilungsbeschlusses, oder rechtskräftiger Nichtigkeitserklärung bezw. Löschungsverfügung.**

1. Grundsatz. Die Denkschr. 171 bemerkt: „Das Urteil, durch welches die Gesellschaft für nichtig erklärt wird, hat nur deklaratorische Bedeutung; der Standpunkt des Entwurfs ist nicht etwa der, daß die Gesellschaft bis dahin als Aktiengesellschaft zu Recht bestände .... Hieraus folgt insbesondere, daß die Mitglieder sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen, also auch die Leistung von Einlagen zum Betriebe des Unternehmens verweigern und die Beschlüsse der Generalversammlung, soweit nicht im §. 301" (jetzt §. 310) „eine Ausnahme vorgesehen ist, als unverbindlich behandeln können, ohne dabei an die Vorschriften

der §§. 263, 264" (jetzt §§. 271, 272) „über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, gebunden zu sein. Das schließt aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als es sich um die Abwickelung ihrer Verhältnisse handelt, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit beigelegt wird . . ."

2. Nach außen. Der §. 15 Abs. 2 ist nicht anwendbar, weil, wenn eine nichtige A.G. als bestehend eingetragen ist, die eingetragene Thatsache unrichtig ist (§. 15 Anm. III A c 1). Maßgebend ist vielmehr G.fr.Ger. §. 32:

„Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß."

Doch bezieht sich G.fr.Ger. §. 32 nur auf das Verhältnis nach außen. In sachlicher Übereinstimmung hiermit steht der Grundsatz, welchen §. 311 **Abs. 2** ausspricht. — Auch der nicht gutgläubige Dritte kann sich auf die Wirksamkeit vorgenommener Rechtsgeschäfte berufen (ebenso Staub 7. Aufl. §. 309 Anm. 11), es sei denn, daß er hierbei zu einer unerlaubten Handlung mitgewirkt hat (vgl. §. 126 Anm. I f).

3. Nach innen. Im Verhältnis nach innen, zu den Aktionären als solchen, können beiderseits alle Nichtigkeitsgründe auch einredeweise jederzeit geltend gemacht werden. Die Leistung von Einlagen kann verweigert, und die Vertretungsmacht der Gesellschaftsbehörden kann — außer soweit es sich um Vorbereitung, Fassung und Durchführung von Heilungsbeschlüssen handelt — in Abrede gestellt werden. Die Vorschriften, welche §. 311 **Abs. 3** für die Zeit nach Eintragung der Nichtigkeit giebt, sind daher auf die Zeit vor Eintragung nicht anwendbar. Die Aktionäre können so durch ihren unthätigen Widerstand einen Antrieb bei den Gesellschaftsbehörden oder Dritten dafür schaffen, daß diese die Heilung oder Nichtigkeitseintragung veranlassen. Aber auch die Aktionäre haben ein Interesse an der Nichtigkeitseintragung, da bis dahin die Gesellschaft weitere Verpflichtungen eingehen kann, zu deren Tilgung die Aktionäre herangezogen werden können, wenn demnächst die Nichtigkeitseintragung erfolgt.

b. **Zwischen Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils bezw. der Löschungsverfügung und Eintragung des Nichtigkeitsvermerks.** Hierüber enthält G.fr.Ger. §. 32 keine Vorschrift. Der §. 311 Abs. 1 und 2 werden anzuwenden sein, nicht jedoch §. 311 Abs. 3 (oben Anm. II).

c. **Nach Eintragung des Nichtigkeitsvermerks** ist §. 311 Abs 1—3 maßgebend.

IV. **Entsprechende Anwendung der für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften (§. 311 Abs. 1).** Vgl. oben Anm. II a. Diese Anwendung ist nur möglich insoweit im Einzelfall die Mängel der Satzung es gestatten (Denkschr. 172). Es tritt ein der Liquidation entsprechendes Verfahren ein. Die Gesellschaft ist mit Beschränkung auf die Liquidationszwecke rechts- und handlungsfähig (Denkschr. 172); auch die Eröffnung eines Konkurses über dieselbe ist zulässig (Denkschr. 172). Die bisher thatsächlich bestehenden Gesellschaftsbehörden gelten als für diesen Zweck rechtmäßig bestellt (Staub §. 309 Anm. 12; abweichend im Fall der Heilung oben §. 310 Anm. IV); nur treten an die Stelle des Vorstandes Liquidatoren unter Anwendung des §. 295 auf den bisherigen Vorstand. Die für den Fall der Liquidation vorgeschriebenen Anmeldungen und Rechnungsabschlüsse sind auch im vorliegenden Fall zu bewirken.

V. **Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte (§. 311 Abs. 2).** Vgl. oben Anm. II b. Weder die Gesellschaft noch der Dritte kann die vorgenommenen Rechts-

geschäfte als unwirksam behandeln. Die Denkschr. 172 bemerkt: „Sollten wegen der eingegangenen Verbindlichkeiten lediglich diejenigen haften, die namens der Gesellschaft gehandelt haben, so wäre dies nicht nur eine unbillige Härte, sondern auch für die Gläubiger unzureichend." Nach diesen Worten („lediglich") wird man anzunehmen haben, daß eine Haftung der Handelnden nicht vollständig ausgeschlossen werden sollte (dagegen Pinner Anm. II 2). Soweit daher im Einzelfall ausnahmsweise (§. 145 Anm. II c, §. 294 Anm. I c) trotz der auf Schadensverhütung abzielenden Vorschrift des §. 311 Abs. 2 der Dritte dadurch geschädigt werden sollte, daß die Gesellschaft, für welche gehandelt ist, nichtig war, ist für die Haftung der Handelnden B.G. §. 179 entsprechend anwendbar; nicht dagegen H.G.B. §. 200 Abs. 1 Satz 2.

VI. **Leistung der versprochenen Einzahlungen (§. 311 Abs. 3).** Vgl. oben Anm. II c. Nur soweit es zur Erfüllung (oder sonstigen Tilgung) der eingegangenen Verbindlichkeiten (und der hierzu aufzuwendenden Verwaltungskosten) erforderlich, brauchen die Einzahlungen geleistet zu werden. Diese Beschränkung enthält nichts sachlich von dem Fall der gewöhnlichen Liquidation Verschiedenes (§. 294 Anm. II b 9, §. 292 Anm. I c 2); nur ist die Beweislast umgekehrt; im Fall des §. 311 Abs. 3 hat der Einfordernde zu beweisen, daß die Einzahlung erforderlich sei. Da nach §. 311 Abs. 1 auch §. 300 entsprechend anwendbar ist, so kann eine Einforderung außer behufs Erfüllung von Verbindlichkeiten auch behufs Ausgleichung ungleichmäßig hoher Einzahlungen erfolgen (§. 300 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2). „Einzahlungen" steht an Stelle von Einlagen jeder Art (vgl. §. 300 Anm. III b). Die Einforderung muß gegenüber allen Einlageverpflichteten im gleichen Verhältnis erfolgen (§. 218 Anm. II a, §. 250 Anm. III c 4; ähnlich Rudorff zu Abs. 3, Pinner Anm. II 3; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 6). Zu §. 311 Abs. 3 ist „vorausgesetzt, daß die Verpflichtung zur Leistung der Einlagen in einer Weise übernommen ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts zur Entstehung der Verbindlichkeit genügen würde; denn Mitglieder einer für nichtig erklärten A.G. dürfen selbstverständlich nicht in weiterem Umfange herangezogen werden als die Aktionäre einer giltig errichteten und demnächst aufgelösten Gesellschaft" (Denkschr. 172). Der §. 311 Abs. 3 bestimmt nur über die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter; er ist daher nicht anwendbar auf Pflichten der Gründer gemäß §. 202; bezüglich letzterer ist indessen §. 311 Abs. 2 maßgebend.

Sechster Titel.

Strafvorschriften.

Untreue. §. 312.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

A.D.H. Art. 249. **Entw. I** §. 284. **Entw. II** §. 303.

§. 312.

I. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren.** Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats sind schon vor Eintragung der Gesellschaft vorhanden (§. 190); auch auf die zu jener Zeit vorgenommenen Handlungen (§. 200 Anm. II a) ist §. 312

anwendbar (Staub 7. Aufl. Anm. 4). Vorstandsmitglieder sind auch die Stellvertreter (§. 242 Anm. I). Als Vorstand und Aufsichtsrat im Sinn des §. 312 sind auch die entsprechenden Behörden einer nichtigen A.G. anzusehen (vgl. §. 309); den Liquidatoren stehen gleich diejenigen, welche im Fall des §. 311 Abs. 1 in entsprechender Anwendung der für die Auflösung geltenden Vorschriften die Stellung als „Liquidatoren" einnehmen. Unerheblich ist, ob das betreffende Mitglied vertretungsermächtigt ist (Pinner Anm. II). — Wer thatsächlich als Mitglied der Gesellschaftsbehörde amtet, ohne in giltiger Weise zu diesem Amt bestellt zu sein, ist nicht Mitglied jener Behörde, kann daher nicht als solches bestraft werden; die Ungiltigkeit der Bestellung folgt aber nicht unter allen Umständen schon daraus, daß die wählende Generalversammlung von einem Nichtberechtigten berufen ist; so z. B. nicht wenn alle Aktionäre erschienen waren und einstimmig gewählt hatten, oder wenn die Geschäftsführung des Nichtberechtigten demnächst von den Berechtigten genehmigt, auch nach Lage des Falles eine Anfechtung gemäß §§. 271 ff. oder eine sonstige Geltendmachung der Unverbindlichkeit nicht mehr möglich war (vgl. R.G. in Strff. XXIX, 384). — Die von der Generalversammlung gewählten oder vom Gericht bestellten besonderen Vertreter (vgl. z. B. §. 268 Anm. IV) sind „Bevollmächtigte" (vgl. R.G. in Strff. VII, 280); deren Handlungen fallen nicht unter §. 312, sondern unter St.G.B. §. 266. — Über die Frage, ob §. 312 auch anwendbar ist, wenn der Betreffende die Handlung in anderer Eigenschaft als in derjenigen eines Mitgliedes der Gesellschaftsbehörde begeht, vgl. unten Anm. II a.

II. **Handeln absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft.** Die Fassung des §. 312 ist dem St.G.B. §. 266 Ziff. 1 nachgebildet; beide Bestimmungen sind daher übereinstimmend auszulegen (R.G. in Strff. XXVII, 40).

a. **Handeln.** Hierunter fällt auch eine pflichtwidrige Unterlassung (R.G. in Strff. XI, 413). Nicht erforderlich ist, daß der Handelnde in dienstlicher Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaftsbehörde auftrat (R.G. in Strff. XXVI, 137; dagegen für §. 314 Ziff. 1: R.G. in Strff. V, 149); Strafbarkeit tritt vielmehr auch ein, wenn er als Vertragsgegner der Gesellschaft (R.G. in Strff. XXVI, 137) oder als Aktionär durch Ausübung seines Stimmrechts (Staub 7. Aufl. Anm. 4) absichtlich zu ihrem Nachteil handelt. — Durch die Feststellung, daß bei einer bestimmten, zur Anklage stehenden Thätigkeit nicht zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt ist, wird nicht entschieden, daß überhaupt nicht zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt sei; es können verschiedene selbständige Handlungen vorliegen (R.G. in Strff. XXVII, 44).

b. **Absichtlich.** Nach der herrschenden Ansicht ist im St.G.B. §. 266, und mithin auch im H.G.B. §. 312, „absichtlich" gleichbedeutend mit „wissentlich" (K.B. 34). Unter „Absicht" ist nicht verstanden der auf einen bestimmten Zweck (die Nachteilszufügung) gerichtete Wille, vielmehr nur der einfache Vorsatz, d. h. der auf die Handlung gerichtete Wille verbunden mit dem Bewußtsein des notwendig oder doch voraussichtlich eintretenden Erfolges der Benachteiligung (R.G. in Strff. I, 172, 330, VII, 283, XXVI, 137, Rechtspr. d. R.G. in Strff. II, 155, VI, 786; vgl. auch R.G. in Strff. XXVII, 219 für St.G.B. §. 263 und XXVII, 242 für St.G.B. §. 288). Ein Bewußtsein, daß der Nachteil entstehen müsse, ist nicht die einzig mögliche Voraussetzung der Strafbarkeit (R.G. in Strff. VII, 283). Andererseits genügt das Bewußtsein, daß möglicherweise eine Benachteiligung eintreten könne, dann nicht, wenn der Handelnde gerade diesen Erfolg vermeiden wollte (R.G. in Strff. VII, 283, vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 6). Der Zweck der Handlung ist mithin unerheblich (R.G. in Strff. XXVI, 137); es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Absicht vorlag, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen (M. 250). Die Strafbarkeit wird ausgeschlossen, wenn die Handlung gemäß der Anweisung einer zu einer solchen Anweisung befugten Gesellschaftsbehörde erfolgt (Staub a. a. O.); nicht aber genügt eine gesetzwidrige Anweisung, da diese den

Angewiesenen nicht bindet (R.G. in Strff. VII, 282, vgl. §. 241 Anm. II b); ebenso-wenig eine gesetzwidrige Satzungsbestimmung (R.G. in Strff. VII, 282).

c. **Nachteil.** Der Nachteil muß als Folge der Handlung wirklich eingetreten sein (R.G. in Strff. XXVII, 40). Nur ein Vermögensnachteil kommt in Betracht (R.G. in Strff. XVI, 79). Nicht ein endgiltiger Vermögensverlust, eine dauernde Vermögensbenachteiligung ist vorausgesetzt (R.G. in Strff. XIX, 83); vielmehr genügt eine durch die Handlung bewirkte ungünstigere Vermögenslage (Rechtspr. d. R.G. in Strff. I, 275), mithin auch eine Vermögensgefährdung (R.G. in Strff. XIV, 404, XIX, 83, XXVII, 40), insoweit sie nicht durch gleichzeitiges Entstehen einer entsprechenden Hoffnung auf Vermögenszuwachs ausgeglichen wird, mithin überwiegend eine Verschlechterung des bisherigen Vermögenszustandes enthält (R.G. in Strff. IX, 170). Bei entgeltlichen Verträgen liegt eine Vermögensminderung vor, wenn der Wert der übernommenen Leistungen und Verpflichtungen größer ist als der Wert desjenigen, was dem Vermögen infolge des Geschäfts zuwächst (R.G. in Strff. XXVII, 41). Eine Gefährdung liegt vor z. B. bei Aneignung von Gesellschaftsvermögen ohne sofortigen, die jederzeitige Verfügbarkeit ermöglichenden Ersatz (Rechtspr. d. R.G. in Strff. I, 275; vgl. auch St.G.B. §. 246), selbst wenn bei Aneignung die Absicht der Zurückerstattung vorhanden ist (Rechtspr. d. R.G. in Straff. II, 155). So auch bei Verborgen von Gesellschaftsvermögen an unbemittelte Dritte aus Gründen persönlicher Gefälligkeit ohne ein dahingehendes Gesellschaftsinteresse (Rechtspr. d. R.G. in Strff. VI, 786). Eine Vermögensminderung liegt in der Vereitelung einer Vermehrung des Vermögens nur dann, wenn entweder ein rechtlich begründeter Anspruch auf die Erlangung des Gewinns bestand oder doch thatsächliche Verhältnisse vorlagen, vermöge deren der Gesellschaft ohne die pflichtwidrige Handlung des Vorstandsmitgliedes der Gewinn ohne weiteres und mit Sicherheit zugefallen sein würde (R.G. in Strff. XXIII, 57, XXVI, 241, XXVII, 43). Kein Nachteil liegt in unentgeltlichen Verausgabungen, die durch die Sitte geboten sind (§. 250 Anm. III c 6, V b 3, Esser Anm. 5, Staub 7. Aufl. Anm. 11) oder die dazu dienen sollen, um mittelbar der Gesellschaft anderweite Vorteile zu verschaffen (Esser Anm. 4, Staub 7. Aufl. Anm. 9, 10).

d. **Der Gesellschaft** muß der Nachteil erwachsen sein; der §. 312 ist nicht anwendbar auf Schädigung nur der Aktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger.

III. **Bestrafung.** Die allgemeinen Vorschriften des St.G.B. sind anwendbar. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden (St.G.B. §. 2 Abs. 2). Gefängnisstrafe vgl. St.G.B. §. 16, Geldstrafe vgl. St.G.B. §§. 27 ff., Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte vgl. St.G.B. §§. 33 ff. Da die in §§. 312—318 behandelten Strafthaten Vergehen sind (St.G.B. §. 1), so ist mangels ausdrücklicher Bestimmung der Versuch dieser Handlungen nicht strafbar (St.G.B. §. 43 Abs. 2). Teilnahme vgl. St.G.B. §§. 47 ff. Strafausschließungs- und Strafmilderungsgründe, insbesondere Verjährung, vgl. St.G.B. §§. 51 ff. Zusammentreffen strafbarer Handlungen vgl. St.G.B. §§. 73 ff.

§. 313.

Falsche Angaben zwecks Eintragung oder in Ankündigung.

Mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark werden bestraft:

1. Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals, des

Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder der im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen;

2. diejenigen, welche in Ansehung der vorerwähnten Thatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im §. 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien machen;

3. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister in Ansehung der Einzahlung des bisherigen oder der Zeichnung oder Einzahlung des erhöhten Kapitals oder in Ansehung des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder in Ansehung der im §. 279 bezeichneten Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

A.D.H. Art. 249**a**. **Entw. I** §. 285. **Entw. II** §. 304.

§. 313.

I. **Falsche Angaben zwecks Eintragung der Gesellschaft (§. 313 Ziff. 1).** Die Fassung entspricht dem §. 202. Vgl. §. 202 Anm. II **a** 1. — Vgl. auch St.G.B. §§. 271, 272.

a. Gründer oder Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats. Gründer vgl. §. 187. Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder vgl. §. 312 Anm. I.

b. **Wissentlich.** Das Angeben muß vorsätzlich geschehen sein mit dem Bewußtsein, daß das Angegebene sicher oder doch wahrscheinlich falsch ist (vgl. §. 312 Anm. II b). Wissentlich falsche Angaben steht im Sinne von „Angaben, deren Falschheit ihnen bewußt sind"; die Worte „wissentlich falsch" gehören zusammen, nicht etwa die Worte „wissentlich machen". Ein Irrtum des Versichernden, daß die betreffende Versicherung abgegeben werden dürfe, trotzdem sie falsch sei, befreit ihn nicht von Strafe (R.G. in Strff. XIV, 45).

c. **Falsche Angaben.** Eine einzelne falsche Angabe erfüllt den Thatbestand. Mehrere falsche Angaben derselben Person zwecks derselben Eintragung bilden nur eine strafbare Handlung (vgl. R.G. in Strff. XVIII, 115). Unerheblich ist, ob die betreffende Angabe zur Prüfung durch die Beteiligten oder zur Prüfung durch das Registergericht bestimmt ist (K.B. 35, vgl. R.G. in Strff. XXIV, 291). Nicht ausschließlich, wenngleich vorzugsweise sind getroffen Angaben in den bei Anmeldung gemäß §. 195 abzugebenden Versicherungen oder beizufügenden Urkunden (§. 202 Anm. II **a** 1). — Unerheblich ist, ob ein Irrtum erregt oder eine Vermögensbeschädigung zugefügt ist (M. 248, 251).

d. **In Ansehung** eines der folgenden vier Gegenstände:

1. Zeichnung des Grundkapitals. Nach dem Sprachgebrauch des H.G.B. umfaßt Zeichnung nicht auch die in anderer Weise als gemäß §. 189 erfolgende Übernahme von Grundkapitalanteilen (§. 182 Anm. II). In Betracht kommen daher falsche Angaben in der in §. 195 Abs. 2 Ziff. 3 vorgeschriebenen Erklärung (§. 195 Anm. I f 7), nicht etwa auch die Überreichung unverbindlicher oder gefälschter Erklärungen in einer Übernahmeverhandlung (§. 195 Anm. I f 2, 3). Darüber, wer als Zeichner anzusehen, entscheiden die allgemeinen Vorschriften (R.G. in Strff. XXX, 313); über Zeichnung für fremde Rechnung vgl. §. 182 Anm. II b (der Strohmann ist Zeichner, R.G. in Strff. XXX, 312); über Willensmängel bei Zeichnung vgl. §. 182 Anm. II c.

2. Einzahlung der Kapitaleinlagen („des Grundkapitals“; vgl. §. 211 Anm. II). Hierdurch sind unter Strafe gestellt diesbezügliche falsche Angaben in den Erklärungen, die §. 195 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 Satz 1 und 2 vorschreiben (§. 195 Anm. I f 7, e 2, 3). Über die vorgeschriebenen Einzahlungen vgl. §. 195 Anm. IV, I e 2. Die Strafbestimmung erwähnt nicht auch falsche Angaben darüber, daß der eingeforderte Betrag sich im Besitz des Vorstandes befindet (vgl. §. 195 Anm. I e 2); nichtsdestoweniger erachtet R.G. in Strff. XXIV, 291 auch diesbezügliche falsche Angaben als unter die Strafandrohung fallend (vgl. §. 202 Anm. II a 1; gegen die Ansicht des Reichsgerichts Staub 7. Aufl. Anm. 1).

3. Ausgabebetrag. Die entsprechende Versicherung ist vorgeschrieben in §. 195 Abs. 3 Satz 2 (§. 195 Anm. I e 3, Denkschr. 128).

4. Die im §. 186 vorgesehenen Festsetzungen. Bezüglich dieser Festsetzungen sind Angaben in §§. 191 ff., §. 195 Abs. 2 Ziff. 2, 5 vorgeschrieben. Schon die Erstattung der Gründererklärung und des Prüfungsberichts erfolgt zwecks Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister; der Thatbestand ist daher nicht erst erfüllt durch Einreichung bei dem Registergericht (vgl. K.B. 35). Insbesondere über die Strafbarkeit falscher Angaben in der Gründererklärung vgl. R.G. in Strff. XVIII, 111, §. 202 Anm. II a 1.

e. **Zwecks Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.** Das Bewußtsein, daß die Angaben diesem Zweck dienen sollen, verbunden mit dem Wissen, daß sie falsch sind, genügt (R.G. in Strff. XXX, 319). — Über falsche Angaben zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals vgl. §. 313 Ziff. 3; über falsche Angaben in Darstellungen, Übersichten über den Vermögensstand oder Vorträgen in Generalversammlungen vgl. §. 314 Ziff. 1; in sonstigen Fällen vgl. St.G.B. §. 263.

II. **Falsche Angaben in Ankündigung** (**§. 313 Ziff.** 2). Vgl. auch die umfassendere Strafbestimmung im Börsenges. §. 75 (Bd. I S. 432, Bd. III S. 55).

a. **Ankündiger.** Vgl. §. 203 Anm. I a 2.

b. **Wissentlich.** Vgl. oben Anm. I b.

c. **Falsche Angaben.** Vgl. oben Anm. I c.

d. **In Ansehung der vorerwähnten Thatsachen.** Vgl. oben Anm. I d.

e. **In einer im §. 203 bezeichneten Ankündigung**; also in einer vor der Eintragung der Gesellschaft oder in den ersten zwei Jahren nach Eintragung erlassenen öffentlichen Ankündigung der „Aktien“, um sie in den Verkehr einzuführen. Vgl. §. 203 Anm. I a.

III. **Falsche Angaben zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals** (**§. 313 Ziff. 3**). — Vgl. auch St.G.B. §§. 271, 272.

a. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats.** Vgl. §. 312 Anm. I.

b. **Wissentlich.** Vgl. oben Anm. I b.

c. **Falsche Angaben.** Vgl. oben Anm. I c.

d. **In Ansehung** eines der folgenden fünf Gegenstände:

1. Einzahlung der bisherigen Kapitaleinlagen („des bisherigen Kapitals“; vgl. §. 211 Anm. II, §. 313 Anm. I d 2). Über die nach dieser Richtung vorgeschriebene Versicherung vgl. §. 280 Anm. III.

2. Zeichnung des neu hinzugefügten Teiles des Grundkapitals („des erhöhten Kapitals“). Vgl. oben Anm. I d 1. Über die nach dieser Richtung vorgeschriebenen Angaben vgl. §. 284 Anm. II f 1.

3. Einzahlung der neuen Kapitaleinlagen („des erhöhten Kapitals“; vgl. §. 211 Anm. II). Vgl. oben Anm. I d 2. Über die nach dieser Richtung vorgeschriebene Angabe und Versicherung vgl. §. 284 Anm. II f 1, e 2.

4. **Ausgabebetrag der neuen Anteilrechte.** Vgl. oben Anm. I d 3. Über die nach dieser Richtung vorgeschriebene Versicherung vgl. §. 284 Anm. II e 3, §. 278 Anm. VIII c.

5. **Die im §. 279 bezeichneten Festsetzungen.** Vgl. oben Anm. I d 4. Angaben nach dieser Richtung sind vorgeschrieben in §. 284 Abs. 2 Ziff. 2 (§. 284 Anm. II f 2). Da die Vorschrift des §. 305 Abs. 2 nur eine Klarstellung bezüglich der Anwendung des §. 284 Abs. 2 Ziff. 2 auf die Fälle der §§. 305, 306 enthält (§. 305 Anm. III e 3), so ist auch eine falsche Angabe im Fall des §. 305 Abs. 2 getroffen durch die Strafbestimmung des §. 313 Ziff. 3.

e. **Zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister.** Hierunter ist sowohl die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, wie auch der erfolgten Erhöhung begriffen. Der Thatbestand liegt vor auch wenn nur eins von beiden bezweckt war. Dies ist daraus zu schließen, daß vom Registergericht der oben zu d 1 genannte Gegenstand vor Eintragung des Erhöhungsbeschlusses, die zu d 2—5 genannten Gegenstände vor Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung zu prüfen sind, und die Strafvorschrift in erster Reihe (wenngleich nicht ausschließlich, oben Anm. I c) wahre Angaben gegenüber dem Registergericht sichern soll.

IV. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III.

§. 314.

Unwahre Berichte, Verstöße bei Ausgabe von Mitgliedscheinen.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft, wenn sie wissentlich

1. in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern;
2. auf Namen lautende Aktien, in denen die im §. 179 Abs. 4 vorgeschriebene Angabe nicht enthalten ist, oder auf den Inhaber lautende Aktien ausgeben, bevor darauf der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser Betrag voll geleistet ist;
3. Aktien oder Interimsscheine ausgeben, bevor die Gesellschaft oder im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist;
4. außer den Fällen des §. 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, die auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt sind;
5. in den Fällen des §. 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, in denen die im §. 180 Abs. 4 vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten sind.

Im Falle der Nr. 1 kann zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

A.D.H. Art. 249 b. **Entw. I** §. 286. **Entw. II** §. 305.

§. 314.

I. **Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren.** Vgl. §. 312 Anm. I. Auch in den Fällen der Ziff. 2—5 können sowohl Aufsichtsratsmitglieder (vgl. §. 209 Anm. II a) wie auch Liquidatoren (§. 179 Anm. II a, §. 294 Anm. II b 9) als Thäter in Betracht kommen. Über die Frage, ob Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß der Thäter in dienstlicher Eigenschaft handelt, vgl. unten Anm. III a 4, §. 209 Anm. II a. Über die Frage, ob Strafbarkeit nur eintritt, wenn die Handlung von dem Mitglied der Gesellschaftsbehörde in dienstlicher Eigenschaft begangen ist, vgl. §. 312 Anm. II a, §. 314 Anm. III a 4.

II. **Wissentlich.** Vgl. §. 313 Anm. I b. Das Merkmal der Wissentlichkeit ist (abweichend von dem früheren Art. 249 b A.D.H.) ein allen Fällen des §. 314 gemeinsames (R.G. in Strff. XXX, 358). Keine Strafbarkeit gemäß §. 314 Ziff. 1 tritt ein, wenn das betreffende Mitglied die Unwahrheit der Darstellung nicht gekannt hat, wenngleich sie ihm hätte bekannt sein müssen; so z. B. wenn er sich auf Buchungen von Angestellten verlassen hat, obgleich er zivilrechtlich zur Nachprüfung verpflichtet war (R.G. v. 23. Novbr. 1893 Holdheim Ztschr. 1894 S. 71).

III. **Unwahres Darstellen oder Verschleiern (§. 314 Ziff. 1).** — Über falsche Angaben zwecks Eintragung der Gesellschaft, in öffentlichen Ankündigungen zwecks Einführung von Anteilrechten in den Verkehr oder zwecks Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals vgl. §. 313. Über betrügerische Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis und unrichtige Angaben in Prospekten oder öffentlichen Kundgebungen vgl. Börsenges. §. 75. Über Bestechung der Presse zwecks Einwirkung auf den Börsenpreis vgl. Börsenges. §. 76. Über Vermögensbeschädigung durch Irrtumserregung vgl. St.G.B. §. 263.

a. **Darstellungen, Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft, in der Generalversammlung gehaltene Vorträge.** Nur wenn in diesen Kundgebungen das Darstellen oder Verschleiern erfolgt, fällt es unter §. 314 Ziff. 1.

1. Darstellung. Das Hinzufügen der beschränkenden Worte „in ihren Darstellungen u. s. w." hat nur einen Sinn, wenn mit „Darstellung" eine weniger weite Bedeutung verbunden werden sollte als mit „darstellen"; aus dem Nebeneinanderstellen jener drei Möglichkeiten „Darstellung, Übersicht, Vortrag" folgt ferner, daß der Begriff der „Darstellung" so eng gezogen ist, daß er nicht auch eine „Vermögensübersicht" oder einen „Vortrag in der Generalversammlung" einbegreifen sollte. Hiernach wird man unter Darstellungen zwar nicht ausschließlich schriftliche Auseinandersetzungen zu verstehen haben, aber doch nur Darlegungen, welche sich äußerlich, sei es durch ihren Inhalt, sei es durch die Stelle, wo sie vorgebracht werden, als von größerer Erheblichkeit kennzeichnen; nicht dagegen auch unbedeutendere, gelegentliche Äußerungen. Unter §. 314 Ziff. 1 fallen nicht nur Darlegungen, welche zur Einsicht oder Mitteilung an die Aktionäre oder zur Veröffentlichung für Dritte gelangen sollen, sondern auch die an eine andere Gesellschaftsbehörde gerichteten, z. B. Berichte des Vorstandes an den Aufsichtsrat (R.G. in Strff. V, 147). Eine unwahre Darstellung liegt auch in dem Unterlassen einer Bemerkung in den Fällen, in denen die Verpflichtung, eine Bemerkung zu machen, vorlag; so z. B. wenn die Aufsichtsratsmitglieder dulden, daß der Vorstand eine — wie ihnen bekannt, unrichtige — Bilanz vorlegt (Staub 7. Aufl. Anm. 1; vgl. R.G. in Strff. XIV, 81).

2. Übersichten über den Vermögensstand. Hierunter fallen namentlich die Bilanzentwürfe (M. 252, R.G. in Strff. XIV, 82). Nicht nur Übersichten, in denen der Vermögensstand besser, sondern auch solche, in denen er schlechter dargestellt wird als der Wahrheit bei Beobachtung der Bilanzgrundsätze entspricht (§. 261 Anm. VI a 1, Staub 7. Aufl. Anm. 3, Simon Bilanzen S. 302 bei Anm. 40, vgl. R.G. XLIII, 127; dagegen Neukamp Z.f.H. Bd. 48 S. 450 ff.).

3. **Vorträge in der Generalversammlung.** Als Generalversammlung in diesem Sinne gilt auch die vor Eintragung der A.G. abgehaltene (vgl. auch §. 196 Anm. II b, §. 197 Anm. II).

4. **„Ihren.“** Die Worte „ihren“ stehen wohl im Sinn von „in jener Eigenschaft gemacht“ (Rudorff), so daß in dieser Beziehung zwischen Darstellungen und Übersichten einerseits und Vorträgen andererseits zu unterscheiden ist. Auch R.G. in Strff. V, 149 verlangt, daß die Darstellung von dem Mitglied der Gesellschaftsbehörde in dieser seiner Eigenschaft gemacht werde (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 1, Esser Anm. 5, Pinner Anm. II 1). Das Gegenteil ist bezüglich der dem §. 312 entsprechenden Bestimmung des Genossenschaftsgesetzes angenommen in R.G. in Strff. XXVI, 137 (§. 312 Anm. II a) — Der §. 314 Ziff. 1 ist nicht bloß auf den Fall anwendbar, daß die Darstellung u. s. w. durch ein einzelnes Mitglied der Gesellschaftsbehörde erfolgt, sondern auch darauf, daß von der Gesellschaftsbehörde als Behörde die Darstellung u. s. w. ausgeht, und das betreffende Mitglied der Behörde troß Kenntnis von der Unwahrheit oder Verschleierung unterläßt, Widerspruch zu erheben (vgl. z. B. §. 196 Anm. II b).

b. **Stand der Verhältnisse der Gesellschaft.** Der Begriff ist ein weiterer als „Vermögensstand“ (Staub 7. Aufl. Anm. 5); nicht nur Mitteilungen über Vermögensgegenstände oder Verbindlichkeiten sind getroffen, sondern auch Angaben über sonstige Beziehungen der Gesellschaft (vgl. R.G. in Strff. XXI, 172), z. B. den Stand ihres Betriebes. Erfordert ist auch nicht, daß die Mitteilung den Gesamtstand der Gesellschaft betrifft; es genügt vielmehr auch, wenn sie sich nur auf ein einzelnes Geschäft oder Verhältnis, z. B. den Inhalt eines einzelnen Vertrages, bezieht (R.G. in Strff. XXI, 173).

c. **Unwahr darstellen oder verschleiern.** Eine Täuschungsabsicht wird wohl stets vorhanden sein; doch ist dies nicht als besonderes Merkmal hervorgehoben, braucht daher nicht besonders festgestellt zu werden (R.G. in Strff. XIV, 83; abweichend Neukamp Z.f.H. Bd. 48 S. 461). Ob die Täuschung gelungen, ist unerheblich; ebenso, ob eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist (M. 248). Kein unwahres Darstellen liegt in einem nach den Bilanzgrundsätzen zulässigen oder gebotenen (§. 40 Anm. II, §. 261 Anm VI e) Abweichen vom wahren Wert in den Bilanzansätzen. Außerordentliche Überweisungen zum Zwangsreservefonds oder andere Rücklagen zwecks Erzielung größerer Stetigkeit in der Höhe der Gewinnverteilungen sind nicht strafbar, soweit sie ohne Verschleierung in der Bilanz zum Ausdruck kommen (K.B. 89). Ebensowenig aber stille Rücklagen, soweit sie im Rahmen des nach Bilanzgrundsätzen Zulässigen bleiben (§. 40 Anm II; vgl. jedoch K.B. 89). Ein unwahres Darstellen liegt auch in einem bewußt unrichtigen Schätzen (Staub 7. Aufl. Anm. 2), so z. B. in Einsetzung zweifellos unterwertiger Außenstände zum Nennwert (R.G. in Strff. XIV, 82).

IV. **Vorschriftswidriges Ausgeben von Mitgliedscheinen (§. 314 Ziff. 2—5).**

a. **Ausgeben** bezeichnet in Ziff. 2—5 nur das Ausgeben von Urkunden. Vgl. §. 241 Anm. III c 4. Ein Ausgeben liegt nicht schon (was Pinner Anm. III annimmt) in der Aussonderung, sondern erst in der Besitzübertragung.

b. **Mitgliedscheine.** Vgl. §. 179 Anm. IV, V.

c. **Die einzelnen Fälle.**

1. **Verstoß gegen die Beschränkungen der Ausgabe von Aktienurkunden vor Vollleistung der Kapitaleinlage (§. 314 Ziff. 2).** Vgl. §. 179 Anm. VI. Kapitaleinlage vgl. §. 211 Anm. II. Ausgabepreis vgl. §. 184 Anm. I. Die Ausgabe der einzelnen Aktie ist statthaft nicht erst nach Vollzahlung aller Kapitaleinlagen, sondern schon sobald die für den betreffenden Grundkapitalanteil versprochene Kapitaleinlage voll eingezahlt ist (K.B. 35).

2. Ausgeben von Mitgliedscheinen vor Eintragung der Gesellschaft bezw. des Erfolgtseins der Grundkapitalserhöhung (§. 314 Ziff. 3). Vgl. §. 200 Anm. IV, §. 287 Anm. I. Unerheblich ist, ob der Erhöhungsbeschluß überhaupt an sich geeignet war, zur Eintragung zu führen, z. B. wegen nicht genügender Mehrheit (R.G. in Strfſ. XXX, 354).
3. Ausgeben von Mitgliedscheinen mit geringerem Nennbetrag als 1000 Mk. in anderen als den zugelassenen Fällen (§. 314 Ziff. 4. Vgl. §. 180 Anm. II, §. 278 Anm. VII. Nur das Ausgeben der Urkunden, nicht schon das unerlaubte Zerlegen des Grundkapitals und Zuteilen von Grundkapitalanteilen ohne hinzukommende Urkundenausgabe ist — so wie das Gesetz lautet (vgl. §. 180 Anm. I) — mit Strafe bedroht (oben Anm. IV a).
4. Ausgeben von Kleinmitgliedscheinen, in denen die Genehmigung des Bundesrats bezw. die Übertragungsbeschränkungen nicht ersichtlich gemacht sind (§. 314 Ziff. 5). Vgl. §. 180 Anm. II, §. 278 Anm. VII.

V. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III.

§. 315.

Nichtbildung beschlußfähigen Aufsichtsrats. Unterbleiben des Konkursantrags.

Mit Gefängniß bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark werden bestraft:

1. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsraths, wenn länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat;
2. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren, wenn entgegen den Vorschriften des §. 240 Abs. 2 und des §. 298 Abs. 2 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens unterblieben ist.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsraths oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unterblieben ist.

A.D.H. Art. 249 c. **Entw. I** §. 287. **Entw. II** §. 306.

§. 315.

I. **Nichtbildung beschlußfähigen Aufsichtsrats** (§. 315 Ziff. 1).

a. **Die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsrats.** Vgl. §. 312 Anm. I. Durch die von §§. 312, 314 abweichende Fassung soll ausgedrückt werden, daß nicht nebeneinander Vorstandsmitglieder und Liquidatoren als Mitthäter in Betracht kommen können (§. 294 Anm. II c 1, R.G. in Strfſ. XXV, 87), wohl aber jede von beiden Beamtenarten neben Aufsichtsratsmitgliedern.

b. **Fehlen eines Aufsichtsrats oder der zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Zahl von Mitgliedern.** Über die Notwendigkeit eines Aufsichtsrats vgl. §. 243 Anm. I. Vorhanden ist ein Aufsichtsrat auch, wenn durch nachträgliche (vgl. R.O.H. XIV, 314) Änderung ein Teil der durch Gesetz oder Satzung vorgeschriebenen Zahl von Mitgliedern (§. 243 Anm. II a) wieder ausgeschieden ist. Nur kann er — gemäß allgemein für Fälle der Gesamtvertretung (§. 247 Anm. I b) geltender Regel —

solange die Vollzahl nicht vorhanden, nicht als Behörde handeln, es sei denn, daß die Satzung das Gegenteil bestimmt, und (was aus §. 243 Abs. 1 abzuleiten) noch drei Mitglieder vorhanden sind. Diese zum Handeln erforderliche Zahl ist in §. 315 Ziff. 1 mit den Worten „zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl" gemeint. Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch wird unter Beschlußfähigkeit etwas anderes verstanden (§. 243 Anm. III a), nämlich diejenige Zahl von Mitgliedern, welche bei Fassung des betreffenden Beschlusses anwesend sein muß, damit ein giltiger Beschluß gefaßt werden kann. Die zum Handeln erforderliche Zahl vorhandener (und mithin eingeladener, wenngleich nicht in der einzelnen Sitzung erschienener) Aufsichtsratsmitglieder kann im Einzelfall größer sein als die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl der in einer einzelnen Sitzung Anwesenden. Ob ein Teil der vorhandenen Mitglieder durch Krankheit oder aus anderen Gründen verhindert ist, ihr Amt auszuüben, ist unerheblich (Staub 7. Aufl. Anm. 1), selbst wenn die Verhinderung eine dauernde ist (dagegen Pinner Anm. I), denn nur auf die Zahl der vorhandenen Mitglieder legt §. 315 Ziff. 1 Gewicht. — Nach R.G. in Strff. V, 162 greift die Strafandrohung Platz selbst wenn die Gesellschaft nichtig ist; erheblich sei nur, daß sie eingetragen sei. Auch während des Konkurses ist für Vorhandensein eines Aufsichtsrats zu sorgen (O.L.G. Hamburg v. 19. Oktober 1887 Z.f.H. Bd. 37 S. 554). — Die dreimonatliche Frist beginnt frühestens mit der Eintragung (Ring Art. 249 c Anm. 1, Pinner Anm. I). — Keine Strafe ist angedroht für den Fall, daß nicht die genügende Zahl von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren ernannt wird (vgl. §. 296 Anm. I a 2, Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 13).

II. **Unterbleiben des vorgeschriebenen Konkursantrags (§. 315 Ziff. 2).**

a. **Die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren.** Vgl. oben Anm. I a. Hat die Liquidation begonnen, so haben nicht mehr die Vorstandsmitglieder, sondern die Liquidatoren Recht und Pflicht zur Stellung des Konkursantrages (R.G. in Strff. XXV, 87). Da jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator auch für sich allein den Konkursantrag stellen kann, so entschuldigt ihn nicht, wenn er überstimmt ist (§. 240 Anm. III b 1, Staub 7. Aufl. Anm. 5).

b. **Vorschriftswidriges Unterbleiben.** Der §. 240 Abs. 2 schreibt vor, daß der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen habe, sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz sich ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt. Hierüber vgl. §. 240 Anm. I, III. Aus §. 298 Abs. 2 folgt die entsprechende Anwendbarkeit der vorstehenden Bestimmung auf Liquidatoren (§. 298 Anm. I k 2). Aus dem Wortlaut des §. 240 folgt, daß der Konkursantrag zu stellen ist, „sobald" die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder in der dort näher angegebenen Weise die Überschuldung sich ergeben hat. Die Strafe ist daher verwirkt, sobald dies nicht mit der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Beschleunigung geschehen ist. Nicht beizustimmen ist daher der Ansicht Staubs 7. Aufl. Anm. 3, daß der Vorstand eine mäßige Zeit noch vorübergehen lassen könne, wenn es auf Grund schwebender Verhandlungen nicht aussichtslos erscheine, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu beseitigen; nur strafmildernd wird dies in Betracht kommen können. Auch die entsprechende Verpflichtung zur Zahlungseinstellung (§. 240 Anm. III b 2) tritt sofort ein.

III. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III. — Durch Ordnungsstrafen kann nicht die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern (L.G. Altenburg v. 13. April 1889 Z.f.H. Bd. 48 S. 476, Staub 7. Aufl. Anm. 6), sondern nur die Bekanntmachung einer erfolgten Wahl erzwungen werden (§ 244 Anm. III).

IV. **Straflosigkeit des Schuldlosen (§. 315 Abs. 3).** Der Art. 249 c Abs. 3 A.D.H. lautete: „Die Strafe tritt nicht gegen denjenigen ein, welcher nachweist, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsrats oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unter-

blieben ist". Durch die — im Anschluß an Ges. betr. G. m. b. H. §. 84 Abs. 3 erfolgte — Änderung der Fassung soll nur ausgedrückt werden, daß nicht die für das Zivilverfahren maßgebenden Regeln des Parteibeweises gelten, sondern daß auch zu Gunsten des Angeklagten von Amts wegen Beweis zu erheben ist. Trotzdem genügt auch nach der neuen Fassung an sich die Feststellung der in Abs. 1 aufgeführten Thatsachen. Entsprechend den für Strafausschließungsgründe (St.G.B. §§. 51 ff.) allgemein geltenden Regeln ist eine besondere Feststellung bezüglich des Verschuldens nur erforderlich, wenn ein Zweifel hieran in der Hauptverhandlung angeregt ist oder sonst der besondere Fall hierzu Veranlassung gab (dagegen Rudorff). Und nur wenn in der Feststellung die Schuldlosigkeit ausdrücklich bejaht werden kann, tritt Straflosigkeit ein (Begr. zu Ges. betr. G. m. b. H. S. 93); für Zweifelsfälle ist nach der Fassung des §. 315 Vorsatz oder Fahrlässigkeit als vorhanden vorausgesetzt (ähnlich Pinner Anm. IV; abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 4). — Der Mangel eines Verschuldens kann beruhen auf Gründen, die in der Person des betreffenden Mitgliedes liegen, z. B. wenn Krankheit die Wahrnehmung der Obliegenheiten hindert; im Fall der Ziff. 1 (in der Regel nicht auch im Fall der Ziff. 2; oben Anm. II a) auch auf äußeren Hindernissen, z. B. wenn das Mitglied innerhalb seiner Behörde überstimmt wird, oder wenn ohne sein Verschulden die Generalversammlung die gestellten Anträge beharrlich verwirft (vgl. R.G. in Strff. V, 165), oder wenn die Gewählten die Wahl nicht annehmen, oder wenn verfügbares Gesellschaftsvermögen zur Bezahlung der Kosten einer Berufung der Generalversammlung nicht vorhanden ist (Staub 7 Aufl. Anm. 4). Keine Entschuldigung bildet die Unkenntnis des Strafgesetzes, ebensowenig ohne weiteres die Unkenntnis der zivilrechtlichen Pflicht, für Bestellung eines Aufsichtsrats zu sorgen; anders nur, wenn bei gewissenhaftem Bestreben, die nach dem Gesetz obliegenden Aufgaben zu beobachten, über den genauen Umfang der letzteren ein Irrtum bestand (R.G. in Strff. V, 163).

§. 316.

Fälschung von Stimmrechtsnachweisen.

Wer über die Hinterlegung von Aktien oder Interimsscheinen Bescheinigungen, die zum Nachweise des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen, wissentlich falsch ausstellt oder verfälscht oder von einer solchen Bescheinigung, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

A.D.H. Art. 249d Ziff. 3. **Entw. I** §. 288. **Entw. II** §. 307.

§. 316.

I. **Hinterlegung von Mitgliedscheinen.** Vgl. §. 255 Anm. III.

II. **Bescheinigungen, die zum Nachweise des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen.** Unter §. 316 fallen nicht auch Bescheinigungen, die nur zur Teilnahme an der Generalversammlung ohne Stimmrecht ermächtigen sollen (vgl. §. 255 Anm. III) Der §. 316 trifft nur diejenigen Urkunden, durch welche das Stimmrecht des Anteilberechtigten nachgewiesen werden soll, nicht auch diejenigen Urkunden, durch welche die in der Generalversammlung erscheinende Person ihre Ermächtigung zur Vertretung des Anteilberechtigten nachweist.

III. **Fälschung oder Benutzung der Fälschung.** Vgl. die zu St.G.B. §§. 267, 270 er-

gangenen Entscheidungen. Eine strafbare Handlung liegt vor, wenn nur einer der nachstehend aufgeführten drei Thatbestände gegeben ist („oder"):

a. **Wissentlich falsches Ausstellen.** Wissentlich vgl. §. 313 Anm. I b. Falsches Ausstellen liegt vor sowohl wenn die Bescheinigung von anderen Personen als den zur Ausstellung berechtigten, unter dem Schein, als ob sie von diesen herrühre, ausgestellt worden ist, wie auch wenn die Ausstellung von den berechtigten Personen mit wahrheitswidrigem Inhalt erfolgt ist (M. 255).

b. **Verfälschen** enthält ein nachträgliches Ändern einer ursprünglich nicht falschen Urkunde.

c. **Gebrauchmachen zur Ausübung des Stimmrechts, wissend, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht ist.**

1. Zur Ausübung des Stimmrechts macht nur Gebrauch wer mitstimmt (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 1), oder in dessen Namen mit seinem Wissen gestimmt wird (unten zu 3). Nicht unter §. 316 fällt daher ein Gebrauchmachen zum Zweck der Vorspiegelung, daß ein Stimmrecht vorhanden ist (vgl. jedoch § 252 Anm. III a); so z. B. wenn die Satzung eine Berechnung der Mehrheit nach der Zahl der anwesenden (wenngleich nicht mitstimmenden) Stimmberechtigen vorschreibt, und der mit falschem Stimmrechtsnachweis Ausgestattete sich der Abstimmung enthält.

2. Gebrauchmachen. Das Gebrauchmachen braucht nicht bei der Abstimmung zu erfolgen; strafbar ist auch das vorherige Gebrauchmachen zum Zweck, die Zulassung zum Mitstimmen zu erwirken mit folgendem Mitstimmen. So z. B. bei Vorweisung an den Thürhüter behufs Erlangung des Eintritts zum Abstimmungsraum (Staub 7. Aufl. Anm. 1). Auch bei Vorweisung an diejenigen Personen, welche das Verzeichnis der Teilnehmer aufstellen, wenn (§. 258 Anm. I a) im Einzelfall dies Verzeichnis gleichzeitig als Grundlage für die Prüfung der Stimmberechtigung benutzt wird. Sind jedoch diejenigen Personen, welche die Urkunde zu prüfen haben, davon unterrichtet, daß sie falsch oder verfälscht ist, so wird es in der Regel an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gebrauchmachen und der Ausübung des Stimmrechts (vgl. R.G. in Strfs. I, 230) fehlen. — Unerheblich ist, ob das Gebrauchmachen von dem falschen Nachweis Einfluß auf das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen von Beschlüssen gehabt hat (M. 255).

3. Wissend, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war. Stimmt ein Vertreter (§ 252 Anm. IV) desjenigen, dem der Stimmrechtsnachweis erteilt ist, so ist derjenige von beiden strafbar, der wußte, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war; wußten es beide, so sind beide strafbar. — Nicht unter §. 316 fällt das Gebrauchmachen von einer echten Bescheinigung mit dem falschen Vorgeben, man sei die Person, auf deren Namen die Bescheinigung ausgestellt sei (Staub 7. Aufl. Anm. 2).

IV. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III. Soweit zugleich der Thatbestand der Urkundenfälschung oder des Betruges vorliegt, kommen nach St.G.B. §. 73 die Strafen der §§. 267 ff., 270 ff. St.G.B. bezw. §§. 263 ff. St.G.B. zur Anwendung (M. 255).

V. **Der Art. 249 d Ziff. 1 und 2 A.D.H.** ist ersetzt durch Börsenges. §. 75 (Denkschr. 173).

§. 317.

Besondere Vorteile für Stimmen in gewissem Sinne oder Nichtstimmen.

Wer sich besondere Vortheile dafür gewähren oder versprechen läßt, daß er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme, wird

mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher besondere Vortheile dafür gewährt oder verspricht, daß Jemand bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme.

A.D.H. Art. 249 e. **Entw. I** §. 289. **Entw. II** §. 308.

§. 317.

1. **Wer sich besondere Vorteile gewähren oder versprechen läßt oder besondere Vorteile gewährt oder verspricht.**

a. **Empfänger des Vorteils oder Vorteilversprechens.** Das ganz allgemeine „wer" wird dadurch eingeschränkt, daß vorausgesetzt ist, jener „wer" sei berechtigt zu „stimmen", „an der Abstimmung teilzunehmen". Als Empfänger des Vorteils oder Vorteilversprechens kann daher nur in Betracht kommen ein Anteilberechtigter (sei er Eigenberechtigter oder Treuhänder) oder dessen zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigter Bevollmächtigter oder sonstiger Vertreter (**A.** 256); oder ein künftiger Anteilberechtigter oder Vertreter. — Das „sich" gehört nicht zu „Vorteile", dagegen in gleicher Weise zu „gewähren" und zu „versprechen". Diese Wortfassung läßt jedoch zweifelhaft, ob die Vorschrift verschiedene Tragweite für jeden der beiden Fälle haben soll. Denn derjenige, dem ein Vorteil gewährt wird, muß stets Empfänger des Vorteils sein; dagegen kann derjenige, dem ein Vorteil versprochen wird, an sich verschieden sein von demjenigen, dem der Vorteil zukommen soll. Aus der Nebeneinanderstellung beider Fälle ist jedoch abzuleiten, daß auch bezüglich des „versprechen" nur das gemeint ist, was bezüglich des „gewähren" allein gemeint sein kann, daß mithin unter den §. 317 nicht das Versprechen eines Vorteils zu Gunsten eines Dritten (z. B. eines wohlthätigen Vereins) fällt. Anders nur in den Fällen, und dies sowohl bezüglich des „gewähren" wie auch des „versprechen", in denen der dem Dritten (z. B. einem nahen Angehörigen) zufließende Vorteil zugleich ein Vorteil für den Stimmberechtigten ist (unten Anm. I c 2).

b. **Gewähren oder Versprechen** (Abs. 2) und **Gewähren- oder Versprechenlassen** (Abs. 1). Das „Lassen" steht nicht im Sinne des Duldens, sondern im Sinn des Mitwirkens bei der Empfangnahme oder bei einem diesbezüglichen Vertrage. Unerheblich ist, von welchem Teile das Vertragsanerbieten ausgegangen ist (R.G. in Strfs. XII, 123). Vollendet ist die strafbare Handlung mit der Annahme des Versprechens oder des Vorteils, gleichgiltig ob die fragliche Abstimmung stattgefunden und ob hierbei der Vorteilempfänger im entsprechenden Sinne gestimmt bezw. sich der Abstimmung enthalten hat (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 5). Eine ausdrückliche oder stillschweigende Zusage seitens des Vorteilempfängers ist nur Voraussetzung der Strafbarkeit gemäß Abs. 1 (R.G. in Strfs. XII, 123), nicht auch gemäß Abs. 2 (abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 4). Nicht unter §. 317 fällt das Sichverschaffen besonderer Vorteile auf Kosten der Gesellschaft oder anderer Aktionäre durch eigene Kraft, z. B. durch Herbeiführung dahingehender Mehrheitsbeschlüsse mittels einer eigenen großen Zahl von Anteilrechten. Auch eine Verabredung mehrerer Aktionäre, sich mit gemeinschaftlichen Kräften solche Vorteile zu verschaffen, ist an sich nicht strafbar (Staub 7. Aufl. Anm. 8). In diesen Beziehungen ist dem Mißbrauch nur vorgebeugt durch die zivilrechtlichen Vorschriften über Sonderrechte. — Verträge, die gegen §. 317 verstoßen, sind nichtig (B.G. §. 134, R.G. XXV, 261; vgl. XXXVIII, 260). Über die Pflicht zur Herausgabe des Vorteils B.G. §. 817. — Über entgeltliche Leihe vgl. H.G.B. §. 318. —

über die Frage, ob die That schon nach früherem Recht als Anstiftung zu der That des Abs. 1 strafbar war, vgl. R.G. in Strfs. XII, 122.

c. **Besondere Vorteile.** Vgl. §. 186 Anm. I a.

1. „Besondere" steht im Gegensatz zu einem, sei es für die Gesellschaft, sei es gleichmäßig für alle Aktionäre erzielten Nutzen (abweichend Pinner Anm. II 1 a, Staub 7. Aufl. Anm. 2). Ein „besonderer" Vorteil ist mithin auch derjenige, der mehreren Aktionären, z. B. allen bezüglich einer einzelnen Aktiengattung Berechtigten, zu gut kommen solle.
2. Vorteil. Dies ist umfassender als Vermögensvorteil (Pinner Anm. II 1 a, Staub 7. Aufl. Anm. 3). Ein Vorteil in diesem umfassenden Sinne liegt auch in einem vorübergehenden sinnlichen Genuß (R.G. in Strfs. IV, 48, IX, 166); ebenso in einer Zuwendung an Angehörige des zur Ausübung des Stimmrechts Berechtigten. Handelt es sich um eine durch die Generalversammlung zu vergebende Zuwendung, z. B. um Wahlen, so liegt ein Vorteil nur dann vor, wenn mehr zugewendet werden soll, als der Zuwendungsempfänger sich aus eigener Kraft verschaffen könnte (oben Anm. I b). Ist das Maß des letzteren ungewiß, so ist auch diese Ungewißheit in Rechnung zu ziehen. Wird auf Grund solcher Ungewißheit zwischen zwei einander entgegenstehenden Aktionärgruppen ein Vergleich über die künftige Abstimmung geschlossen, so liegt darin nur ein Vorausnehmen des ohnehin voraussichtlich eintretenden Ergebnisses, also im Verhältnis zu jenem Ergebnis für keine Gruppe ein Vorteil. Ein solcher Vergleich dient zur möglichsten Milderung von Sonderbevorzugungen, kann daher nicht strafbar sein (Staub 7. Aufl. Anm. 8).

II. **Für Stimmen in der Generalversammlung in gewissem Sinne oder für Nichtteilnahme an der Abstimmung.**

a. **„Dafür".** Eine etwaige Zahlung des Auftraggebers an den Beauftragten, dem er Vollmacht zum Stimmen in der Generalversammlung erteilt, ist erlaubt (Staub 7. Aufl. Anm. 6), denn diese Zahlung ist in erster Reihe eine Gegenleistung für die Übernahme der Vertretung überhaupt, nicht für das Stimmen in gewissem Sinne, wenngleich im Einzelfall vorgeschrieben sein mag, wofür gestimmt werden soll. Anders im Zweifel bei Zahlungen des Auftraggebers an denjenigen Beauftragten, der nach außen nicht als Vertreter, sondern in eigenem Namen auftreten soll (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 7, Pinner Anm. II 2). Hier — insbesondere bei Dingung von Strohmännern für eine einzelne Generalversammlung — wird im Zweifel die Absicht als in erster Reihe dahingehend aufzufassen sein, daß die Gedungenen für ein Stimmen in gewissem Sinne bezahlt werden und nur nebenher für den mit der Stimmabgabe notwendig verbundenen Zeitverlust; an dem Vertreten als solchem liegt in diesem Fall dem Auftraggeber nichts. Will aber jemand nach außen hin die Rechte als selbständig Anteilberechtigter in Anspruch nehmen (§. 252 Anm. II a), so muß er sich auch die mit dieser Stellung verknüpften Pflichten gefallen lassen; er kann, wenn er auf letztere verwiesen wird, nicht den Einwand erheben, er sei ja in Wahrheit garnicht selbständig.

b. **Stimmen in einem gewissen Sinne.**

1. Stimmen. Nur wenn das Stimmen (oder Nichtstimmen) Zweck der Vorteileinräumung ist, greift §. 317 ein; nicht wenn jemand nur dafür bezahlt wird, für einen Antrag in der Versammlung zu sprechen (Staub 7. Aufl. Anm. 4), oder nur, an der Versammlung überhaupt teilzunehmen (Pinner Anm. II 1 b, Staub a. a. O.; vgl. oben Anm. II a).
2. **„In einem gewissen Sinne"** bezeichnet nur die allgemeine Richtung, nach welcher vom Stimmrecht Gebrauch gemacht werden soll (vgl. R.G. in Straff. XI, 222); es braucht nicht bereits ein bestimmter einzelner Antrag vorzuliegen. Unter §. 317

fällt daher z. B. die Auferlegung der Verpflichtung, „gemäß künftiger Anweisung“ oder „stets zu Gunsten des Vorteilgebers“ oder „stets gegen die Anträge des A“ zu stimmen (Staub 7. Aufl. Anm. 4). Unerheblich ist, ob ein Stimmen zu Gunsten des Vorteilgebers oder eines Dritten verlangt wird (Pinner Anm. II 1 b).

c. **Nichtteilnehmen** an der Abstimmung. Unerheblich ist, ob der Vorteilempfänger an der Generalversammlung teilnehmen und sich dort der Abstimmung enthalten, oder ob er überhaupt nicht an der Generalversammlung teilnehmen (Pinner Anm. II 1 c, Staub 7. Aufl. Anm. 5) oder durch absichtlichen Formverstoß seine Teilnahme an der Abstimmung unmöglich machen soll (Rudorff).

d. **Abstimmung in der Generalversammlung.**

1. Abstimmung. Unerheblich ist, in welcher Art (§. 251 Anm. II) die Abstimmung erfolgt, insbesondere ob durch Stimmenzählung oder durch Zuruf.
2. Generalversammlung. Der §. 317 trifft nicht Abstimmungen in anderen Gesellschaftsbehörden. Für letztere greift insbesondere §. 312 ein. Als Generalversammlungen gelten auch die vor Eintragung der A.G. abgehaltenen Mitgliederversammlungen; der §. 317 soll unzulässige Einwirkungen auf die Beschlußfassung (vgl. §. 197) verhindern.

III. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III.

§. 318.

Mißbräuchliche Benutzung fremden Anteilrechts.

Wer die Aktien eines Anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§. 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte benutzt, wird mit einer Geldstrafe von zehn bis dreißig Mark für jede der Aktien, jedoch nicht unter eintausend Mark, bestraft. Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Aktien eines Anderen gegen Entgelt leiht und für diese eines der vorbezeichneten Rechte ausübt, sowie denjenigen, welcher hierzu durch Verleihung der Aktien wissentlich mitwirkt.

A.D.H. Art. 249f. **Entw. I** §. 290. **Entw. II** §. 309.

§. 318.

I. **„Aktien“.** Zweifelhaft kann sein, ob dies Wort hier im Sinn von Urkunden (§. 179 Anm. IV) oder im Sinn von Anteilrechte (§. 179 Anm. II) gebraucht ist. Letzteres ist als gemeint anzusehen, da Fälle denkbar sind, in denen das Anteilrecht von einem Dritten unbefugt benutzt werden kann, ohne daß letzterer sich einer Aktienurkunde bedient: so z. B. wenn keine Mitgliedscheine oder wenn Namenmitgliedscheine ausgegeben sind, und eine Blankovollmacht des Anteilberechtigten unbefugt ausgefüllt und zur Stimmrechtsausübung benutzt wird. Nach derselben Richtung deutet auch, daß neben „Aktien“ nicht ausdrücklich „Interimsscheine“ genannt sind (vgl. §. 179 Anm. I).

II. **Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder eines der in den §§. 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte.**

a. **Ausübung des Stimmrechts.** Vgl. §. 316 Anm. III c 1.

b. **Generalversammlung.** Vgl. §. 317 Anm. II d 2.

c. **Die in §§. 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte.** Es sind die Minderheitsrechte betreffs Berufung der Generalversammlung und Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (§. 254 Abs. 1—3), Vertagung der Verhand-

lung über Bilanzgenehmigung (§. 264), Bestellung von Revisoren (§. 266 Abs. 1, 2), Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung (§. 268; wohl ausdehnend dahin auszulegen, daß auch §. 269 Abs. 2, §. 270 einbegriffen), gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§. 295 Abs. 2, 3); ferner das Sonderrecht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§. 271 Abs. 1—3) und das Recht, die Klage auf Nichtigkeit der Gesellschaft anzustellen (§. 309).

III. **Benutzung fremder Aktienrechte ohne Vertretungsbefugnis oder Einwilligung des Berechtigten (§. 318 Satz 1).** Vgl. auch die Strafbestimmung im Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 §§. 9, 12 Abs. 1.

a. **„Wer."** Vgl. §. 317 Anm. I a. Unerheblich ist, ob der Benutzer nach außen als Eigenberechtigter oder als Vertreter auftritt.

b. **„Benutzt."** Vgl. §. 316 Anm. III c 2.

c. **„Eines Anderen Aktien."** Nur das Verhältnis des Benutzers zu dem im inneren Verhältnis zu ihm Anteilberechtigten kommt in Betracht (Staub 7. Aufl. Anm. 2); unerheblich ist daher, ob etwa im Verhältnis zur Gesellschaft der Benutzer anteilberechtigt ist, z. B. auf Grund der Innehabung der Inhaberaktie (§. 252 Anm. II a) oder auf Grund seiner Eintragung in das Aktienbuch (§. 223 Anm. IV a).

d. **„Zu dessen Vertretung er nicht befugt ist".** Dies Merkmal und das Merkmal „ohne dessen Einwilligung" würden nur dann nicht teilweise sich decken, wenn man das erstere auf die „gesetzliche Vertretung" beschränken wollte. Das Gesetz macht indessen keine dahingehende Einschränkung; man wird daher unter „Vertretung" auch die auf der Einwilligung des Berechtigten beruhende zu begreifen haben. Andererseits ist „Vertretung" nur von Auftreten in fremdem Namen zu verstehen; die Fälle des Auftretens in eigenem Namen sind sämtlich durch das Merkmal „ohne dessen Einwilligung" gedeckt. „Befugt" verweist hier (im Gegensatz zu anderen Stellen; §. 235 Anm. I a) ausschließlich auf das innere Verhältnis des Vertretenden zum Vertretenen. Unerheblich ist mithin, ob der Benutzer Vertretungsmacht (im Verhältnis zur Gesellschaft) hat (oben Anm. III c). Strafbar ist daher z. B. auch wer auf Grund früher erhaltener Vollmacht des Berechtigten mitstimmt, nachdem ihm gegenüber der Widerruf erklärt ist (vgl. Bolze Bd. 12 Nr. 511).

e. **Ohne Einwilligung des Anteilberechtigten.** Auch für die Frage der Anteilberechtigung ist lediglich das innere Rechtsverhältnis, nicht das Rechtsverhältnis des Rechte Ausübenden zur Gesellschaft maßgebend (oben Anm. III c). „Einwilligung" bedeutet vorherige Zustimmung (B.G. §. 183); nachträgliche Genehmigung des Anteilberechtigten hebt daher die Strafbarkeit nicht auf (Pinner Anm. II 1 b, Staub 7. Aufl. Anm. 4, Rudorff). Ob die Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird, ist an sich unerheblich. Eine abgegebene Erklärung wirkt jedoch nur, wenn sie giltig ist; ungiltig (dagegen Staub Anm. 4) aber ist nach Verwahrungsges. v. 5. Juli 1896 §. 2 eine nicht für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich seitens eines nicht gewerbsmäßig Bank- und Geldwechslergeschäfte betreibenden Hinterlegers oder Verpfänders von Mitgliedscheinen abgegebene Erklärung, durch welche der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt wird, über die Papiere „zu seinem Nutzen zu verfügen" (vgl. auch Strafbestimmung a.a.O. §. 9), worunter auch das Ausüben des Stimmrechts in eigenem Namen des Verwahrers oder Pfandgläubigers zu rechnen ist. — Soweit hiernach das stillschweigende Erklären der Einwilligung genügt, muß doch immerhin ein Erklären erfolgt sein. Daher genügt nicht (was Staub a. a. O. annimmt), daß ein Bankhaus, welches Aktienurkunden verwahrt, den Berechtigten mitteilt, es werde die Aktien in der Generalversammlung benutzen, wenn keine Gegenanweisung eingehe. Antwortet der Kunde nicht, so hat er nichts erklärt; auch nicht

stillschweigend, da er nicht verpflichtet ist, auf derartige Mitteilungen hin sich zu äußern. Ebensowenig liegt eine Einwilligung des neuen Erwerbers einer Namenaktie zur Benutzung des Anteilrechts durch seinen Rechtsvorgänger in der Thatsache allein, daß er eine Umschreibung im Aktienbuch noch nicht herbeigeführt hat (Esser Anm. 4). — Eine Einwilligung kann erfolgen z. B. durch (unentgeltlichen B.G. §. 662) Auftrag oder durch (unentgeltliche B.G. §. 598) Leihe. Der Auftrag ist jederzeit widerrufbar (B.G. §. 671 Abs. 1). Bei Leihe ist einseitiger Widerruf unwirksam, ändert mithin nichts an dem Vorhandensein der für die Leihezeit erteilten Einwilligung (Staub 7. Aufl. Anm. 5). In einer Verpfändung oder Hingabe zur Verwahrung liegt im Zweifel nicht die Erteilung einer Einwilligung zur Benutzung des Anteilrechts gemäß §. 318. So auch bei uneigentlicher Verpfändung oder Verwahrung, so lange die Verpfändung oder Verwahrung noch besteht und nicht durch den hierzu berechtigten Pfandnehmer oder Verwahrer in ein Darlehn umgewandelt ist (ähnlich Staub 7. Aufl. Anm. 3; dagegen Pinner Anm. II 1 b); in der Benutzung kann allerdings unter Umständen die Erklärung des Umwandlungswillens liegen. Ist die Umwandlung erfolgt, so kann §. 318 nicht in Frage kommen, da mit der Umwandlung der bisherige Pfandnehmer oder Verwahrer selbst Anteilberechtigter geworden ist. Eine Einwilligung liegt im Zweifel in der Bestellung eines Nutzungspfandes (B.G. §§. 1213 ff., 1273). — Über die Fälle in denen trotz Einwilligung des Anteilberechtigten die Benutzung unzulässig ist, vgl. unten Anm. IV, §. 317 Anm. II a.

IV. **Benutzung fremder Anteilrechte auf Grund „entgeltlicher Leihe“ (§. 318 Satz 2).**

a. **„Entgeltliche Leihe“.** Die Beibehaltung dieses Ausdrucks widerspricht dem Sprachgebrauch des B.G., welches als Begriffsmerkmal der Leihe die Unentgeltlichkeit hervorhebt (B.G. §. 598). Entgeltliche Leihe eines Rechts (des Anteilrechts; oben Anm. I) ist daher, wenn man den Sprachgebrauch des B.G. zu Grunde legt, nicht Leihe, sondern Pacht. — Entgeltlichkeit liegt auch vor, wenn eine andere als bare Gegenleistung gewährt wird (R.G. XXXVIII, 259).

b. **Ähnliche Geschäfte.** Zweifelhaft ist, in welchem Umfange auch andere, einer Pacht ähnliche Geschäfte als unter die Strafvorschrift des §. 318 Satz 2 fallend zu erachten sind. Die Begrenzung ist abzuleiten erstens aus dem Gegensatz des Satz 2 zu Satz 1, wonach Satz 2 sich nur auf eine Benutzung mit Einwilligung des Anteilberechtigten bezieht, zweitens aus dem Merkmal der Entgeltlichkeit, und drittens aus den auch im Satz 2 hinzugefügten Worten „eines Anderen“, aus denen zu entnehmen ist (oben Anm. III c), daß der Fall des Satz 2 nicht vorliegt, wenn zur Zeit der Benutzung der Benutzer im inneren Verhältnis zu seinem Rechtsvorgänger Eigenberechtigter am Anteilrecht ist. Umgekehrt aber wird man die Strafbestimmung des §. 318 Satz 2 ausdehnend dahin auszulegen haben, daß sie alle Fälle einer entgeltlichen Übertragung des Nutzungsrechts (oder eines einzelnen der in §. 318 aufgezählten Rechte) ohne gleichzeitige Übertragung des Anteilrechts mit folgender Ausübung eines der in §. 318 aufgezählten Rechte einschließt. Hieraus ergeben sich nachstehende Folgerungen. Erlaubt bleibt die Benutzung von mittels Reportgeschäfts (Kauf unter gleichzeitigem betagten Verkauf) erworbenen Anteilrechten selbst wenn Zweck des Reportgeschäfts die Ermöglichung jener Benutzung war (K.B. 39; vgl. auch K.B. 83, 84). Anders jedoch, wenn das Reportgeschäft oder ein ähnliches Geschäft nur zum Schein abgeschlossen, und ein wirklicher Übergang einer (wenngleich vorübergehenden) Eigenberechtigung am Anteilrecht auf den Käufer nicht gewollt ist. So z. B. wenn Anteilrechte gegen anderweite Leistung „verkauft“ sind unter Stundung des Kaufpreises, Belassung der Gewinnanteilscheine in Händen des Verkäufers zur Abgeltung der Kaufpreiszinsen und Vorbehalt des Rechts für jede Partei, zu bestimmter späterer Zeit die Auflösung des Kaufs zu fordern (R.G. XXXVIII, 259). Unter §. 318 fällt auch eine Übertragung des Nutzungsrechts, auf Grund deren für

das Verhältnis nach außen (zur Gesellschaft) nur Vollmacht erteilt wird (Staub 7. Aufl. Anm. 8). Unerheblich ist, ob der Erwerb aller oder einzelner Nutzungsrechte Zweck oder nur Folge des Vertrages ist. Wird daher ein gegen §. 318 Satz 2 verstoßender Vertrag nur als Nebenabrede zu einem anderweiten Hauptvertrag abgeschlossen und kommt die Ausübung des Nutzungsrechts hinzu, so tritt — falls nicht im Einzelfall der Strafausschließungsgrund des St.G.B. §. 59 in Betracht kommt — dennoch Strafbarkeit ein (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 6).

c. **Wissentliches Mitwirken.** Vgl. §. 313 Anm. I b. Zur Strafbarkeit genügt das Bewußtsein des Verpächters, daß durch das Verpachten dem Pächter die Benutzung des verpachteten Anteilrechts zur Ausübung eines der in §. 318 aufgezählten Rechte möglich wird, mit hinzukommender Ausübung eines jener Rechte durch den Pächter.

V. **Bestrafung.** Vgl. §. 312 Anm. III.

§. 319. **Ordnungsstrafen.**

Die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sind zur Befolgung der im §. 240 Abs. 1, im §. 246 Abs. 1, im §. 260 Abs. 2, im §. 263 Abs. 1, im §. 267 Abs. 1, 2, im §. 272 Abs. 4, im §. 299 und im §. 302 Abs. 2 enthaltenen Vorschriften von dem im §. 195 bezeichneten Gerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach §. 14 Satz 2.

In Betreff der im §. 195 Abs. 1, im §. 277 Abs. 1, im §. 280 Abs. 1, im §. 284 Abs. 1, im §. 304 Abs. 3 sowie im §. 305 Abs. 2 vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldungen zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach §. 14 nicht statt.

A.D.H. Art. 249 g Abs. 2. **Entw. I** §. 291. **Entw. II** §. 310.

§. 319.

I. **Verhältnis des §. 319 zu §. 14.** Der §. 14 bestimmt darüber, daß die Pflicht, „eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen" durch Ordnungsstrafen zu erzwingen sei. Der §. 14 gilt auch für die Aktiengesellschaft (Denkschr. 173). Der §. 319 Abs. 1 enthält die zusätzliche Vorschrift, daß die Befolgung auch bestimmter andersartiger Verpflichtungen durch Ordnungsstrafen erzwungen werden soll. Der §. 319 Abs. 2 dagegen enthält Ausnahmen von der Vorschrift des §. 14. — Für die K.A.G. vgl. §. 325 Ziff. 9.

II. **Ordnungsstrafen in den Fällen des §. 319 Abs. 1.**

a. **Zuständiges Gericht** ist (§. 319 Abs. 1) das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§. 195 Anm. I a). In den Fällen des §. 319 Abs. 1 sind daher nicht berechtigt zur Festsetzung von Ordnungsstrafen diejenigen Registergerichte, welche für die nicht im Bezirk des Sitzes befindlichen Niederlassungen zuständig sind, selbst wenn der betreffende Verstoß im Bezirk einer dieser Niederlassungen erfolgt ist.

b. **Verfahren.** Das Verfahren ist geordnet in G.fr.Ger. §§. 132—139, 33 (abgedruckt oben S. 168 ff.). Die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen hat das Gericht von Amts wegen vorzunehmen (G.fr.Ger. §. 12). Das Gericht kann hierbei auch die Vorlegung der Handelsbücher fordern (L.G. Weimar in Z.f.H. oben S. 332; vgl. auch H.G.B. §. 45); kommt die Gesellschaft der Anordnung nicht nach, so ist die Vorlegung nicht unmittelbar erzwingbar (auch nicht in Preußen; unten Anm. IV), vielmehr wird C.P.O. §. 427 entsprechend anzuwenden sein.

c. **Gegen wen richtet sich das Verfahren?** Nach §. 319 Abs. 1 gegen „die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren" (vgl. §. 312 Anm. I), im Einzelfall also (§. 315 Anm. I a) entweder nur gegen Vorstandsmitglieder oder nur gegen Liquidatoren. In anderen Fällen als denen des §. 319 Abs. 1 richtet sich das gemäß §. 14 einzuleitende Verfahren gegen diejenigen Personen, welche bei der betreffenden Anmeldungs-, Zeichnungs- oder Einreichungsvorschrift als die Verpflichteten bezeichnet sind. Ist der Geschäftsherr als anmeldungspflichtig bezeichnet, und fehlt eine Sondervorschrift für die A.G. (z. B. Anmeldung der Prokura, §. 53), so ist dennoch in entsprechender Anmeldung der sonstigen für die A.G. gegebenen Anmeldungsvorschriften nicht die Gesellschaft, sondern der Vorstand bezw. Liquidatoren für anmeldungspflichtig zu erachten, das Ordnungsstrafverfahren daher auch in diesen Fällen unmittelbar gegen die Vorstandsmitglieder bezw. die Liquidatoren, nicht gegen die Gesellschaft zu richten. Die Festsetzung von Ordnungsstrafen gegen Mitglieder des Aufsichtsrats ist unzulässig (O.L.G. Dresden v. 6. August 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 249). — Der §. 319 bezeichnet als durch Ordnungsstrafen anzuhalten die einzelnen Mitglieder der Behörde, trotzdem in den einzelnen daselbst aufgeführten Bestimmungen nicht den Mitgliedern, sondern der Behörde teils ausdrücklich (§§. 240 Abs. 1, 246 Abs. 1, 260 Abs. 2, 267 Abs. 1, 2, 272 Abs. 4; vgl. auch §. 299), teils stillschweigend (§§. 263 Abs. 1, 302 Abs. 2) die betreffende Verpflichtung auferlegt ist. Der Zwang ist mithin in den Fällen des §. 319 — wie ebenso auch in den Fällen des §. 14 — gegen die einzelnen Mitglieder der Gesellschaftsbehörde zu richten; nicht gegen den Vorstand oder gegen alle Mitglieder desselben als Gesamtschuldner ist eine Ordnungsstrafe festzusetzen, vielmehr je eine gesonderte Ordnungsstrafe gegen jedes einzelne Mitglied. Insoweit die betreffende Verpflichtung nicht dem einzelnen Mitglied sondern der Behörde obliegt, kann auf diesem Wege nur ein mittelbarer Zwang geübt werden; auch können im Einzelfall einzelne Mitglieder unschuldig sein an der Nichterfüllung der Verpflichtung durch die Behörde. Man wird in solchen Fällen den §. 315 Abs. 3 wohl entsprechend dahin anwenden können, daß diejenigen Mitglieder der Behörde straflos bleiben, bezüglich deren festgestellt wird, daß die Nichtbefolgung der betreffenden Vorschrift ohne ihr Verschulden unterblieben ist.

d. **Die einzelnen Vorschriften:**

1. §. 240 Abs. 1 (Verlust in Höhe des halben Grundkapitals). Zu erzwingen ist die Berufung der Generalversammlung und die der letzteren zu erstattende Anzeige.
2. §. 246 Abs. 1 (Überwachungsrechte des Aufsichtsrats). Zu erzwingen ist die Berichterstattung auf Verlangen des Aufsichtsrats — und wohl auch die Duldung der in §. 246 Abs. 1 bezeichneten Überwachungsthätigkeit.
3. §. 260 Abs. 2 (Vorlegung des Bilanzentwurfs, der Gewinn und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts an den Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen an die Generalversammlung). Zu erzwingen ist auch die Rechtzeitigkeit der Vorlegung.
4. §. 263 Abs. 1 (Auslegung der vorgenannten Vorlagen im Geschäftsraum der Gesellschaft). Zu erzwingen ist die vorgeschriebene Dauer der Auslegung und die Gewährung der Einsichtnahme durch Aktionäre.
5. §. 267 Abs. 1, 2 (Prüfung durch Revisoren). Zu erzwingen ist die Pflicht des Vorstandes, den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse sowie der Bestände an Wertpapieren und Waren zu gestatten und den Bericht der Revisoren bei Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen.

6. §. 272 Abs. 4 (Bekanntmachung der Erhebung einer Anfechtungsklage und des Verhandlungstermins).

7. §. 299 (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Entlastung, Revisoren während Liquidation). Daß §. 319 unterschiedslos auf die „im §. 299 enthaltenen Vorschriften" verweist, beruht vermutlich auf einem bei der Fassung untergelaufenen Versehen, denn wenn man dies wörtlich nehmen wollte, so würden — ohne daß ein sachlicher Grund der Unterscheidung erkennbar — die Liquidatoren mit Ordnungsstrafen auch in einem Fall belegt werden können, in dem dies bei den Vorstandsmitgliedern nicht zulässig wäre. Dies ist der Fall des §. 263 Abs. 2. In Betracht kommen könnten noch die in §. 299 Abs. 1 vorgesehene Pflicht, eine Liquidationseröffnungsbilanz aufzustellen und die in §. 265 Abs. 1 (§. 299 Abs. 2) vorgesehene Pflicht, nach Genehmigung die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen; indessen ist §. 260 Abs. 2 auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz anzuwenden (§. 299 Anm. IV a), und die Erzwingung einer Bekanntmachung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung auch gegenüber dem Vorstand als zulässig zu erachten (§. 265 Anm. III), mithin in letzteren beiden Beziehungen keine Abweichung des wörtlich ausgelegten §. 319 von den für den Vorstand geltenden entsprechenden Bestimmungen anzuerkennen. Immerhin wird die Anführung des §. 299 in §. 319 einschränkend dahin auszulegen sein, daß gegenüber den Liquidatoren diejenigen Vorschriften, auf welche §. 299 Abs. 2 verweist, nicht in weiterem Umfange durch Ordnungsstrafe erzwingbar sind als gegenüber den Vorstandsmitgliedern, nicht daher insbesondere der §. 263 Abs. 2 (ebenso Staub 7. Aufl. §. 299 Anm. 13, 14).

8. §. 302 Abs. 2 (Hinterlegung der Bücher und Papiere nach beendeter Liquidation). Auch die Belassung am Hinterlegungsort während der vorgeschriebenen zehn Jahre oder die Neuhinterlegung nach etwa erfolgter Rücknahme sind für erzwingbar zu erachten.

III. **Die Fälle nicht erzwingbarer Anmeldungen (§. 319 Abs. 2).**

a. **Gemeinsames.** Der §. 319 Abs. 2 enthält Ausnahmen von der allgemeinen Vorschrift des §. 14, daß jede vorgeschriebene Anmeldung erzwingbar sei. Es sind dies Fälle, in denen „der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig ist" (Denkschr. 174). Nicht in allen Fällen besteht jedoch dieser „Rechtserfolg" darin, daß die eingetragene Thatsache erst von der Eintragung an wirksam wird (§. 15 Anm III C); vielmehr hat im Fall der §§. 284 Abs. 1 und 305 Abs. 2 die Eintragung nur den in §. 287 bestimmten andersartigen Rechtserfolg (§. 284 Anm. III; dagegen Staub 7. Aufl. §. 287 Anm. 5). — Der Inhalt der Vorschrift des §. 319 Abs. 2 geht dahin, daß in den dort angegebenen Fällen die Anmeldung zum Register des Sitzes nicht erzwungen werden kann; stillschweigend vorausgesetzt ist ferner, daß in jenen Fällen die Anmeldung zum Register der nicht im Bezirk des Registergerichts befindlichen Niederlassungen erst nach erfolgter Eintragung in das Register des Sitzes erzwungen werden könne (§. 175 Anm. III).

b. **Die einzelnen Fälle** sind

1. Anmeldung der Gesellschaft (§. 195 Abs. 1). Vgl. §. 195 Anm. I c.
2. Anmeldung einer Satzungsänderung (§. 277 Abs. 1). Vgl. §. 277 Anm. I c. Hierunter fällt auch die Anmeldung eines Herabsetzungsbeschlusses (§. 289 Anm. I b; zustimmend Staub 7. Aufl. §. 289 Anm. 1). Dasselbe gilt für die Anmeldung eines Beschlusses, durch welchen eine auf Satzungsmängeln beruhende Nichtigkeit der Gesellschaft geheilt werden soll (§. 310 Anm. II).

3. Anmeldung eines Erhöhungsbeschlusses (§ 280 Abs. 1). Vgl. §. 280 Anm. II.

4. Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung (§. 284 Abs. 1); insbesondere auch bei Erhöhung in Zusammenhang mit Übernahme des Gesellschaftsvermögens einer anderen A.G. (oder K.A.G.) als Ganzes (§. 305 Abs. 2). Vgl. §. 284 Anm. II c, §. 305 Anm. III e 4. Erzwingbar dagegen ist die Anmeldung des Erfolgtseins der Herabsetzung (§. 291 Anm. II c).

5. Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses (§. 304 Abs. 3). Vgl. §. 304 Anm. V c. Ebenso auch im Fall des §. 306 (vgl. §. 306 Anm. III a 3). Im Fall der §§. 80, 81 Ges. betr. G. m. b. H. entsprechend bezüglich Anmeldung der neuen G. m. b. H. (Ges. betr. G. m. b. H. §§. 81 Abs. 1, 7 Abs. 1, 79).

6. Bei der K.A.G. außerdem: Anmeldung des Beschlusses betr. Umwandlung in eine A.G. (§. 333 Abs. 1 Satz 3).

IV. **In anderen als den durch §§. 14, 319 zugelassenen Fällen ist die Verhängung von Ordnungsstrafen unzulässig** (L.G. Altenburg v. 13. April 1889 Z.f.H. Bd. 40 S. 475). So darf auf diesem Wege nicht eine nur durch Satzung auferlegte Verpflichtung erzwungen werden (O.L.G. Dresden v. 6. August 1886 Z.f.H. Bd. 35 S. 250). Das Registergericht ist dagegen nicht gehindert, ohne Androhung von Ordnungsstrafen auch in anderen Fällen auf vorgekommene Verstöße aufmerksam zu machen und zur Verhütung späterer Verwickelungen deren alsbaldige Ausgleichung anheimzustellen. Eine derartige Thätigkeit ist zweckmäßig und wird vom Berliner Registerrichter geübt (Staub 7. Aufl. Anm. 5). Die Fälle, in denen durch das Registergericht Ordnungsstrafen verhängt werden dürfen, sind im H.G.B. erschöpfend geregelt; es ist daher nicht für zulässig zu erachten, daß seitens des Registergerichts in Preußen auch in anderen Fällen Ordnungsstrafen auf Grund des Preuß.G.fr.Ger. v. 21. Septb. 1899 (G. S. 249) Art. 15 verhängt werden; der in G.fr.Ger. §. 200 enthaltene Vorbehalt für die Landesgesetzgebung kommt nicht in Betracht, weil es sich hier nicht um Ergänzung des G.fr.Ger., sondern um Ergänzung des H.G.B. handeln und in dieser Beziehung die bereits vorhanden gewesene Rechtseinheit wieder durchbrochen werden würde, was nicht beabsichtigt war.

V. **Umfang der Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registergerichts bei Anmeldungen und Einreichungen.** Vgl. §. 12 Anm. II, §. 195 Anm. I g, §. 273 Anm. V, §. 280 Anm. III, §. 289 Anm. I c.

Anhang zum dritten Abschnitt.

Über die Anwendbarkeit der nachstehenden Vorschriften auf die A.G. vgl. Buch II Abschn. 3 Vorbem. II.

I. Allgemeine Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Vereine.

Zweiter Titel.

Juristische Personen.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

I. Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit (§§. 21—23).

Nicht-wirtschaftlicher Verein.

§. 21. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.

Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 8 legt den §. 21 dahin aus, daß ein nichtwirtschaftlicher Verein nur durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen könne; daraus, daß in §. 21 nicht wie in §. 22 der Vorbehalt „in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften" hinzugefügt ist, schließt er, daß der §. 21 solche Ausnahmen nicht zulassen wollte, daß mithin künftig ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, nicht in Form einer Aktiengesellschaft errichtet werden könne. Dieser Schlußfolgerung ist wohl nicht beizutreten; der §. 21 für sich betrachtet, zwingt nicht zu dem Schluß, daß nichtwirtschaftliche Vereine nur durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit sollten erlangen können; der Unterschied der Fassung verglichen mit derjenigen der §§. 22 und 23 ist zwar auffällig, doch ist nicht ersichtlich, daß damit eine Aufhebung entgegenstehender Sondergesetze beabsichtigt war; mithin bleiben diese gemäß E.G. z. B.G. Art. 32 in Kraft. Als solche Sondergesetze würden nicht nur die Bestimmungen über A.Gen., sondern insbesondere auch die ausdrückliche gegenteilige Bestimmung im Ges. betr. Gesellschaften m. beschr. Haftung §. 1 (Bd. III S. 339) in Betracht kommen. Der §. 180 Abs. 2 H.G.B. ist ebensowenig wie Genossenschaftsges. §. 1 oder Schutzgebietsges. §. 8 entscheidend für die Beantwortung der Frage in einem oder dem anderen Sinne, denn die Zwecke der Gemeinnützigkeit und des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes schließen einander nicht aus (vgl. H.G.B. §. 1 Anm. II E, III A b). — Hiernach ist B.G. §. 21 für nicht anwendbar auf die A.G. zu erachten.

Wirtschaftlicher Verein.

§. 22. Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat.

Nicht anwendbar auf die A.G., da „besondere reichsgesetzliche Vorschriften" vorhanden sind (H.G.B. §. 6 IV a).

Verein ohne deutschen Sitz.

§. 23. Einem Vereine, der seinen Sitz nicht in einem Bundesstaate hat, kann in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch Beschluss des Bundesraths verliehen werden.

Wie sich aus Vergleichung mit E.G. z. B.G. Art. 10 ergiebt, betrifft B.G. §. 23 nur Vereine, die auch im Auslande nach dortigem Recht nicht rechtsfähig sind. Daher ist B.G. §. 23 nicht anwendbar auf ausländische Aktiengesellschaften (H.G.B. §. 6 Anm. IV a; vgl. §. 201 Anm. VI, Mugdan, Materialien I, 267).

II. Sitz (§. 24).

§. 24. Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.

Vgl. §. 182 H.G.B. Anm. III b.

III. Rechtsfähiger Verein (§§. 25—53).

a. Verfassungsvorschriften (§. 25).

§. 25. Die Verfassung eines rechtsfähigen Vereins wird, soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften beruht, durch die Vereinssatzung bestimmt.

Anwendbar auf die A.G. mit der Maßgabe, daß auch die Bestimmungen des H.G.B. und des E.G. z. H.G.B. den Vorschriften des B.G. vorgehen (E.G. z. H.G.B. Art. 2 Abs. 1; vgl. Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 10).

b. Vorstand und sonstige Vertreter (§§. 26—31).

Vorstand; Vertretungsmacht.

§. 26. Der Verein muss einen Vorstand haben. Der Vorstand kann aus mehreren Personen bestehen.

Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und aussergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.

Mit §. 26 Absatz 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 übereinstimmend H.G.B. §. 231 Abs. 2 und Abs. 1. Der §. 26 Abs. 1 Satz 1 anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 231 Anm. I; ebenso der §. 26 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 (H.G.B. §. 231 Anm. IV). Von §. 26 Abs. 2 Satz 2 abweichend H.G.B. § 235.

Bestellung, Widerruf, Geschäftsführung.

§. 27. Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch Beschluss der Mitgliederversammlung.

Die Bestellung ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmässige Vergütung. Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, dass ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung.

Auf die Geschäftsführung des Vorstandes finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§. 664 bis 670 entsprechende Anwendung.

Von §. 27 Abs. 1 abweichend H.G.B. §. 182 Abs. 2 Ziff. 4. Mit §. 27 Abs. 2 Satz 1 übereinstimmend H.G.B. §. 231 Abs. 3. Der §. 27 Abs. 2 Satz 2 (hierzu R.G. XLIV 98) ist wohl nicht anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 231 Anm. V).

Der §. 27 Abs. 3 ist für anwendbar auf die A.G. zu erachten (dagegen Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 11); er bestimmt nicht, daß das Vertragsverhältnis ein Auftrag sei, erklärt vielmehr nur gewisse Bestimmungen aus dem Titel „Auftrag" für anwendbar, gleichviel welches Vertragsverhältnis zu Grunde liegt. Liegt ein Dienstvertrag vor, so sind ohnehin nach B.G. §. 675 die §§. 663 und 665 bis 670 anwendbar; dem §. 664 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 entspricht beim Dienstvertrag der §. 613, und die Bestimmung des §. 664 Abs. 1 Satz 2 ist auch für den Dienstvertrag selbstverständlich. Für die regelmäßigen Fälle hängt mithin von der Frage nach der Anwendbarkeit des §. 27 Abs. 3 nur diejenige nach der Anwendbarkeit des §. 664 Abs. 1 Satz 3 ab: „Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach §. 278 verantwortlich." Es liegt aber kein sachlicher Grund vor, anzunehmen, daß dies bei A.Gen. ausnahmsweise nicht Platz greifen solle; der §. 664 Abs. 1 Satz 3 bezieht sich nicht etwa (was Simon a. a. O. irrig voraussetzt) auf die von dem Vorstand namens der Gesellschaft angestellten Beamten der letzteren, vielmehr nur auf etwaige Gehilfen, die seitens der Vorstandsmitglieder in deren eigenem Namen zum Helfen bei den dem Vorstandsmitglied persönlich obliegenden Geschäften, und ohne daß sie in ein Vertragsverhältniß zur Gesellschaft treten, angenommen werden, z. B. auf den Privatschreiber eines Vorstandsmitgliedes. Überdies bestimmt §. 664

Abs. 1 Satz 3 nichts, was nicht ohnehin unmittelbar aus §. 278 folgen würde (Planck B.G. §. 664 Anm. 3); der §. 278 ist aber auch auf den Fall des Dienstvertrages anwendbar.

Die §§. 664—670 sind abgedruckt oben S. 153.

Mehrgliedriger Vorstand.

§. 28. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlussfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§. 32, 34.

Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes.

Der §. 28 Abs. 1 anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 231 Anm. III). Mit §. 28 Abs. 2 übereinstimmend H.G.B. §. 232 Abs. 1 Satz 3.

Einstweilige Bestellung durch Gericht.

§. 29. Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Betheiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Der §. 29 ist für anwendbar auf die A.G. zu erachten (H.G.B. §. 231 Anm. II).

Besondere Vertreter.

§. 30. Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt.

Entspricht dem bisherigen Art. 235 A.D.H., welcher jedoch keine Satzungsbestimmung verlangte. Der Art. 235 A.D.H. ist als überflüssig im H.G.B. fortgelassen (Denkschr. 139). Der §. 30 B.G. ist nunmehr für anwendbar auf die A.G. zu erachten (dagegen Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 13). Vgl. H.G.B. §. 247, Anm. II, §. 268, Anm. IV b 6.

Schadenszufügung durch Vertreter.

§. 31. Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 231 Anm. IV).

c. Mitgliederversammlung (§§. 32—37).

Beschlussfassung.

§. 32. Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluss gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären.

Der §. 32 Abs. 1 Satz 1 B.G. anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 250 Anm. V b 1; dagegen Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 14). Von §. 32 Abs. 1 Satz 2 B.G. abweichend H.G.B. §. 256, §. 271 Abs. 2. Von §. 32 Abs. 1 Satz 3 B.G. abweichend H.G.B. §. 251. Der §. 32 Abs. 2 B.G. anwendbar auf die A.G. (§. 251 Anm. III, IV; dagegen Simon a. a. O.).

Satzungsänderung.

§. 33. Zu einem Beschlusse, der eine Aenderung der Satzung enthält, ist eine Mehrheit von drei Viertheilen der erschienenen Mitglieder erforderlich. Zur Aenderung

des Zweckes des Vereins ist die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich; die Zustimmung der nicht erschienenen Mitglieder muss schriftlich erfolgen.

Beruht die Rechtsfähigkeit des Vereins auf Verleihung, so ist zu jeder Aenderung der Satzung staatliche Genehmigung oder, falls die Verleihung durch den Bundesrath erfolgt ist, die Genehmigung des Bundesraths erforderlich.

Abweichend H.G.B. §. 275. Da ausländische A.Gen. auch ohne besonderen Bundesratsbeschluß Rechtsfähigkeit im Inlande erlangen (H.G.B. §. 6 Anm. IV a), so ist B.G. §. 33 Abs. 2 auch nicht auf den Sonderfall ausländischer A.Gen. entsprechend anwendbar.

Ausschluß vom Stimmrecht.

§. 34. Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft.

Vgl. H.G.B. §. 252 Abs. 3 Satz 2.

Sonderrechte.

§. 35. Sonderrechte eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluss der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden.

Anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 250 Anm. III b, Denkschr. 143).

Berufung.

§. 36. Die Mitgliederversammlung ist in den durch die Satzung bestimmten Fällen sowie dann zu berufen, wenn das Interesse des Vereins es erfordert.

Vgl. H.G.B. §. 253 Abs. 2.

Minderheitsrecht auf Berufung.

§. 37. Die Mitgliederversammlung ist zu berufen, wenn der durch die Satzung bestimmte Theil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Theil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt.

Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen. Auf die Ermächtigung muss bei der Berufung der Versammlung Bezug genommen werden.

Von B.G. §. 37 Abs. 1 abweichend H.G.B. §. 254 Abs. 1, 2; der §. 37 Abs. 2 B.G. ist ersetzt durch H.G.B. §. 254 Abs. 3.

d. Mitgliedschaft (§§. 38, 39).

Übertragbarkeit.

§. 38. Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann nicht einem Anderen überlassen werden.

Der §. 38 Abs. 1 nicht anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 179 Anm. II c, §. 252 Anm. II a, §. 318).

Austritt.

§. 39. Die Mitglieder sind zum Austritt aus dem Vereine berechtigt.

Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahrs oder erst nach dem Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen.

Anwendbar auf die A.G. (H.G.B. §. 250 Anm. III c 1).

e. Abweichende Satzungsbestimmungen (§. 40).

§. 40. Die Vorschriften des §. 27 Abs. 1, 3, des §. 28 Abs. 1 und der §§. 32, 33, 38 finden insoweit keine Anwendung, als die Satzung ein Anderes bestimmt.

Anwendbar auf die A.G. insoweit die in B.G. §. 40 angeführten Vorschriften anwendbar auf die A.G. sind.

f. Auflösung; Verlust der Rechtsfähigkeit (§§. 41—47).

Auflösungsbeschluß.

§. 41. Der Verein kann durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden. Zu dem Beschluss ist eine Mehrheit von drei Viertheilen der erschienenen Mitglieder erforderlich, wenn nicht die Satzung ein Anderes bestimmt.

Abweichend H.G.B. §. 292 Ziff. 2.

Konkurs.

§. 42. Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses.

Der Vorstand hat im Falle der Ueberschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Wird die Stellung des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesammtschuldner.

Der §. 42 Abs. 1 B.G. ist ersetzt durch H.G.B. §. 292 Ziff. 3. Von §. 42 Abs. 2 B.G. abweichend H.G.B. §. 240 Abs. 2, §. 241.

Entziehung der Rechtsfähigkeit.

§. 43. Dem Vereine kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt.

Der Abs. 1 ist anwendbar auf die A.G. (ebenso Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 16, Staub §. 292 Anm. 10 und in Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 171; dagegen Pinner §. 292 Anm. III 4 c; das Gegenteil auch vorausgesetzt in Begr. zu Preuß. Ausf.Ges. z. H.G.B. Art. 4). Die im Entw. I §. 250 z. H.G.B. enthaltende Bestimmung über Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch die Staatsbehörde ging nicht in das H.G.B. über (vgl. Sten.Ber. 10), wurde vielmehr ersetzt durch G.fr.Ger. §. 144 Abs. 2). Über die Frage, ob neben B.G. §§. 43, 44 auch die Vorschriften der Landesgesetze über „Auflösung“ wegen Gefährdung des Gemeinwohls als giltig zu erachten sind, vgl. Bd. III S. 439 zu Preuß Ausf.Ges. z. H.G.B. Art. 4. Landesgesetze dieses Inhalts sind ergangen in Anhalt (Bd. III S. 449), Hessen (Bd. III S. 467), Preußen (Bd. III S. 438), Reuß jüngerer Linie (Bd. III S. 483), Sachsen (Bd. III S. 484), Sachsen-Meiningen (Bd. III S. 493), Sachsen-Weimar-Eisenach (Bd. III S. 493), Waldeck (Bd. III S. 499).

Der Abs. 2 ist nicht anwendbar auf die A.G. (ebenso Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 16, Staub §. 292 Anm. 10), da der gesetzgeberische Grund dieser Vorschrift nur die Verhinderung der Umgehung des §. 22 B.G. ist, dieser Grund aber im Falle der A.G. nicht zutrifft.

Der Abs. 3 ist nicht anwendbar auf die A.G. (ebenso Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 16), da durch diese Bestimmung nur eine Umgehung des §. 61 Abs. 2 B.G. verhindert werden soll, der §. 61 Abs. 2 aber auf die A.G. nicht anwendbar ist.

Der Abs. 4 ist nicht anwendbar auf die A.G. (ebenso Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 17), da deren Rechtsfähigkeit nicht auf Verleihung beruht.

Entziehungsverfahren.

§. 44. Die Zuständigkeit und das Verfahren bestimmen sich in den Fällen des §. 43 nach den für streitige Verwaltungssachen geltenden Vorschriften der

Landesgesetze. Wo ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, finden die Vorschriften der §§. 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung; die Entscheidung erfolgt in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Beruht die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrath, so erfolgt die Entziehung durch Beschluss des Bundesraths.

Falls B.G. §. 43 Abs. 1, so ist auch B.G. §. 44 Abs. 1 anwendbar auf die A.G. Der Abs. 2 §. 44 B.G. nicht anwendbar.

Anfall des Vereinsvermögens.

§. 45. Mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit fällt das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen.

Durch die Satzung kann vorgeschrieben werden, dass die Anfallberechtigten durch Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt werden. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne eine solche Vorschrift das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen.

Fehlt es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten, so fällt das Vermögen, wenn der Verein nach der Satzung ausschliesslich den Interessen seiner Mitglieder diente, an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen, anderenfalls an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hatte.

Für den Fall der Auflösung ersetzt durch H.G.B. §. 300; über den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit vgl. H.G.B. §. 292 Anm. I f. — Vgl. auch Art. 85 E.G. z. B.G.

Anfall an Fiskus.

§. 46. Fällt das Vereinsvermögen an den Fiskus, so finden die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung. Der Fiskus hat das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden.

Unanwendbar im Fall der Auflösung. Anwendbar auf die A.G. im Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit (H.G.B. §. 292 Anm. I f).

Anfall nicht an Fiskus.

§. 47. Fällt das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus, so muss eine Liquidation stattfinden.

Für den Fall der Auflösung ersetzt durch H.G.B. §. 294 Abs. 1. Anwendbar auf die A.G. für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit (H.G.B. §. 292 Anm. I f).

g. Liquidation (§§. 48—53).

Liquidatoren.

§. 48. Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand. Zu Liquidatoren können auch andere Personen bestellt werden; für die Bestellung sind die für die Bestellung des Vorstandes geltenden Vorschriften massgebend.

Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so ist für ihre Beschlüsse Uebereinstimmung aller erforderlich, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Der §. 48 Abs. 1 B.G. nicht anwendbar auf die A.G., vielmehr ersetzt durch H.G.B. §. 295 Abs. 1, 2 (vgl. H.G.B. §. 295 Anm. I c 1).

Der §. 48 Abs. 2 und 3 B.G. ersetzt durch H.G.B. §. 298.

Geschäftskreis der Liquidatoren. Fortbestehen des Vereins.

§. 49. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger

zu befriedigen und den Ueberschuss den Anfallberechtigten auszuantworten. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Einziehung der Forderungen sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Massregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Vertheilung des Ueberschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind.

Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.

Der §. 49 Abs. 1 Satz 1 und 2 ersetzt durch H.G.B. §. 149 Satz 1 (§. 298 Abs. 1) §. 300.

Von §. 49 Abs. 1 Satz 3 abweichend H.G.B. §. 298 Abs. 1, §. 149 (H.G.B. §. 149 Anm. III, §. 298 Anm. II b; vgl. jedoch auch §. 300 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 „soweit es hierzu erforderlich ist“).

Der §. 49 Abs. 2 ersetzt durch H.G.B. §. 294 Abs. 2 (Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 18).

Bekanntmachung.

§. 50. Die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist durch die Liquidatoren öffentlich bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch dasjenige Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hatte. Die Bekanntmachung gilt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung oder der ersten Einrückung als bewirkt.

Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Abweichend H.G.B. §. 297 (H.G.B. §. 297 Anm. II).

Sperrzeit.

§. 51. Das Vermögen darf den Anfallberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachnng der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden.

Ersetzt durch H.G.B. §. 301 Abs. 1 (Denkschr. z. H.G.B. 164).

Sicherung der Gläubiger.

§. 52. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf das Vermögen den Anfallberechtigten nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

Ersetzt durch H.G.B. §. 301 Abs. 2, 3 (Denkschr. z. H.G.B. 164).

Haftung der Liquidatoren.

§. 53. Liquidatoren, welche die ihnen nach dem §. 42 Abs. 2 und den §§. 50 bis 52 obliegenden Verpflichtungen verletzen oder vor der Befriedigung der Gläubiger Vermögen den Anfallberechtigten ausantworten, sind, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesammtschuldner.

Abweichend H.G.B. §§. 298 Abs. 2, 241.

IV. Nicht rechtsfähiger Verein (§. 54).

§. 54. Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines

solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner.

Der §. 54 Satz 1 B.G. anwendbar auf die A.G. vor deren Entstehung; der §. 54 Satz 2 B.G. ersetzt durch H.G.B. §. 200 Abs. 1 Satz 2 (H.G.B. §. 200 Anm. II).

II. Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über Vereine.

Ausländische Vereine.

Art. 10. Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§. 21, 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluss des Bundesraths anerkannt ist. Auf nicht anerkannte ausländische Vereine der bezeichneten Art finden die Vorschriften über die Gesellschaft sowie die Vorschrift des §. 54 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

Nicht anwendbar auf ausländische Aktiengesellschaften (H.G.B. §. 6 Anm. IV a).

Anfall an Fiskus nach B.G.

Art. 85. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des §. 45 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Vermögen des aufgelösten Vereins an Stelle des Fiskus einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes anfällt.

Anwendbar falls §. 45 Abs. 3 B.G. anwendbar auf A.G. Hierüber vgl. H.G.B. §. 292 Anm. I f. — Das Preuß. Ausf.G. z. B.G. bestimmt in Art. 5 §. 1: „Das Anfallrecht in Ansehung des Vermögens eines Vereins bestimmt sich ausschließlich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs".

Landesgesetzliche Erwerbsbeschränkungen.

Art. 86. Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werthe von mehr als fünftausend Mark betreffen. Wird die nach dem Landesgesetze zu einem Erwerbe von Todeswegen erforderliche Genehmigung ertheilt, so gilt sie als vor dem Erbfall ertheilt; wird sie verweigert, so gilt die juristische Person in Ansehung des Anfalls als nicht vorhanden; die Vorschrift des §. 2043 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet entsprechende Anwendung.

Anwendbar. Vgl. die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen für Elsaß-Lothringen (Bd. III S. 459), Mecklenburg-Schwerin (Bd. III S. 472), Mecklenburg-Strelitz (Bd. III S. 476), Preußen (Bd. III S. 389), Waldeck (Bd. III S. 499).

Ältere Vereine.

Art. 163. Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden juristischen Personen finden von dieser Zeit an die Vorschriften der §§. 25 bis 53, 85 bis 89 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, soweit sich nicht aus den Artikeln 164 bis 166 ein Anderes ergiebt.

Anwendbar auf A.G. soweit die angezogenen Vorschriften anwendbar (H.G.B. Vorbemerkung III zu Buch 2 Abschn. 3, oben S. 347). — Die Artikel 164—166 betreffen Realgemeinden und ähnliche Verbände, bairische und sächsische Vereine.

Vierter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

I. Begriff; Vorschriften über K.G. und A.G. als Grundlage (§. 320).

§. 320.

Mindestens ein Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter), während die übrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligen (Kommanditisten).

Das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, bestimmt sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften.

Im Uebrigen gelten für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergiebt, die Vorschriften des dritten Abschnitts über die Aktiengesellschaft.

A.D.H. Art. 173 Abs. 1 u. a. **Entw. I** §. 292. **Entw. II** §. 311.

§. 320.

I. **Begriff der Kommanditaktiengesellschaft** (§. 320 Abs. 1). Aus §. 320 Abs. 1 ist nicht ableitbar, daß jede Vereinigung, bei welcher die dort aufgeführten Merkmale vorhanden sind, eine K.A.G. ist (§. 178 Anm. I a).

a. **Mindestens ein Gesellschafter haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (= persönlich haftender Gesellschafter).** Vgl. §. 161 Anm. I d.

b. **Die übrigen beteiligen sich nur mit Einlagen auf das in „Aktien" zerlegte Grundkapital der Gesellschaft (= „Kommanditisten").** Vgl. §. 178 Anm. II—IV. Einen Fall, in welchem im Verhältnis zur Gesellschaft eine Haftung über die Einlage hinaus eintritt, sieht §. 328 Abs. 2 Satz 2 vor (§. 328 Anm. IV b gegen Staub). Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haften die „Kommanditisten" der K.A.G. nicht (außer im Fall des §. 217); sie sind daher den Aktionären der A.G. ähnlicher als den persönlich, wenngleich beschränkt haftenden Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (Staub 7. Aufl. Anm. 1). Kommanditisten sind nach der in §. 320 Abs 1 enthaltenen Begriffsbestimmungen diejenigen, welche sich nur mit Einlagen auf das in „Aktien" zerlegte Grundkapital beteiligen. Die persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Grundkapitalanteile übernehmen (§. 321 Anm. II a), sind auch in dieser Eigenschaft nicht Kommanditisten. Dieser Sprachgebrauch ist, soweit ersichtlich, festgehalten in §§. 320—334; auch in §. 328 Abs. 2,

wo eine Gesamtheit von Kommanditisten erwähnt ist (unten Anm. III; zweifelhaft in §. 320 Abs. 2). Dieser Sprachgebrauch paßt jedoch nicht zu der in §. 320 Abs. 3 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über die Aktiengesellschaft: denn die Bestimmungen über Aktionäre und Gesamtheit der Aktionäre finden — mit den geringen diesbezüglich in §§. 320—334 enthaltenen Maßgaben — nicht nur auf die Kommanditisten und die Kommanditistengesammtheit in obigem Sinne Anwendung, sondern auch auf diejenigen Kommanditanteil-Berechtigten, welche außerdem auch persönlich haftende Gesellschafter sind und auf die diese einschließende Gesamtheit. Die Fassung des §. 320 Abs. 1 zwingt wohl auch zu dem Schluß, daß eine K.A.G. nicht in der Weise gegründet werden kann, daß die persönlich haftenden Gesellschafter alle Kommanditanteil-Rechte („Aktien") übernehmen. Ist dies richtig, so muß ferner geschlossen werden, daß wenn später die persönlich haftenden Gesellschafter alle Kommanditanteil-Rechte erwerben, dadurch die Eigenschaft der Vereinigung als einer K.A.G. aufhören soll (so Ring Art. 200 Anm. 11, dagegen Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 24, Behrend §. 147 Anm. 1 a); ob der Gesetzgeber dies in der That beabsichtigte, ist indessen sehr zweifelhaft.

II. **Juristische Persönlichkeit und Vereinseigenschaft der K.A.G.** Nach früherem Recht war streitig, ob die K.A.G. eine juristische Person sei. Nach jetzigem Recht folgt die Eigenschaft der K.A.G. als juristischer Person aus §. 210 Abs. 1, welcher nach §. 320 Abs. 3 anwendbar ist (Staub 7. Aufl. Anm. 2, Pinner Anm. III, Joerges in Z.f.H. Bd. 49 S. 170, Gareis §. 37 III, Rudorff, Keyßner; dagegen Cosack §. 123 I 1 b, welcher die K.A.G. als Gesellschaft zur gesamten Hand, die Kommanditistengesamtheit als juristische Person auffaßt). Ebenso wie die A.G. (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II), ist auch die K.A.G. ein Verein im Sinne des B.G. (§. 6 Abs. 2, Staub 7. Aufl. Anm. 2, Simon Z.f.H. Bd. 49 S. 24). Legt man diese Ansicht zu Grunde, so führt dies allerdings in mehrfacher Beziehung zu unlöslichen Widersprüchen mit §. 320 Abs. 2. Da es aber infolge des inneren teilweisen Widerspruchs zwischen Abs. 2 und Abs. 3 unvermeidbar ist, welche Ansicht man auch annimmt, entweder mit Abs. 2 oder mit Abs. 3 in Widerspruch zu geraten, so wird man diejenige Ansicht zu bevorzugen haben, welche dem unverkennbaren Bestreben des Gesetzgebers, die K.A.G. mehr der A.G. als der K.G. anzuähneln (vgl. Denkschr. 174), am besten gerecht wird.

III. **Gesamtheit der Kommanditisten.**

a. **Eigenschaft als Verein.** Der Ausdruck „Gesamtheit der Kommanditisten" ist gebraucht in §. 320 Abs. 2 (Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten) und in §. 328 Abs. 2 Satz 1 (Rechtsstreitigkeiten zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und der Gesamtheit der Kommanditisten). Dagegen ist in §. 327 Abs. 2, §. 328 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, §. 330 Abs. 3, §. 331 Abs. 1, §. 332 Abs. 1 jener Ausdruck vermieden und durch „Generalversammlung" bezw. „die Kommanditisten" ersetzt. Was unter jenem Ausdruck verstanden werden sollte, hat der Gesetzgeber sich wohl nicht ganz klar gemacht. An sich wäre es möglich, die Kommanditistengesamtheit als Gemeinschaft oder als Verein aufzufassen. Sieht man in „Gesamtheit" nur einen die vielen einzelnen Kommanditisten zusammenfassenden Ausdruck ohne Hinweis auf besondere Rechtspersönlichkeit, so sind die bezüglich der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften über das Rechtsverhältnis zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten unanwendbar, weil bei der K.A.G. ein Rechtsverhältnis zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den mehreren einzelnen Kommanditisten überhaupt nicht besteht. Versteht man unter Gesamtheit einen Verein (vgl. Denkschr. 176: „organisirte Gesamtheit"), so ist §. 320 Abs. 2 allerdings ungenau, weil bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft ein solcher Verein der Kommanditisten, zu welchem die persönlich haftenden Gesellschafter in einem Rechtsverhältnis stehen könnten, nicht vorhanden ist;

immerhin läßt sich dann aber denken, daß die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften über das Rechtsverhältnis von persönlich haftenden Gesellschaftern zu den Kommanditisten entsprechend auf die K.A.G. in der Weise angewendet werden, daß die Kommanditistengesamtheit der K.A.G. so angesehen wird als wäre sie ein Kommanditist der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (R.O.H. XVIII, 395; vgl. auch Pinner §. 327 Anm. I). Von dieser Auslegung des §. 320 Abs. 2 wird daher wohl auszugehen sein. Sie setzt nach Vorstehendem voraus, daß die Kommanditistengesamtheit als ein der A.G. ähnlicher Verein aufgefaßt wird (so Cosack §. 123 I 1 b; dagegen Staub §. 328 Anm. 2, Joerges in Z.f.H. Bd. 49 S. 171 Anm. 109, Gareis §. 37 III), dessen Vorstand der Aufsichtsrat der K.A.G. ist (unten Anm. V c 9). — Daß ein Verein als solcher Mitglied eines anderen Vereins ist, ist nichts Ungewöhnliches (vgl. auch §. 105 Anm. I e 1); daß hier die Kommanditistengesamtheit als Mitglied der K.A.G. aufzufassen wäre, steht daher der vorstehenden Auslegung nicht entgegen.

b. **Wer ist Mitglied der Kommanditistengesamtheit?** An sich wäre man geneigt anzunehmen, daß Mitglieder der Kommanditistengesamtheit auch diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter sind, welche Kommandit-Anteilrechte („Aktien") erworben haben, in Ansehung dieser Anteilrechte; nur daß während der Zeit ihrer Anteilberechtigung eines der mit dem Anteilrecht verknüpften Rechte, das Stimmrecht, ruht (§. 327 Abs. 1). Dies entspricht aber wohl nicht der Absicht des Gesetzgebers. Dieser scheint vielmehr zur Kommanditistengesamtheit nur diejenigen Anteilberechtigten zu rechnen, welche nicht gleichzeitig persönlich haftende Gesellschafter sind. Hierfür spricht die Begriffsbestimmung von „Kommanditisten" in §. 320 Abs. 1 („nur"; oben Anm. I b) in Zusammenhang mit der in §. 328 Abs. 2 enthaltenen Gleichstellung von „Gesamtheit der Kommanditisten" und „Kommanditisten" und die Unbilligkeit, welche bei gegenteiliger Auslegung des Worts „Kommanditisten" in §. 328 Abs. 2 entstehen würde. Die anscheinend so gewollte Beschränkung des Begriffs ist aber sehr verwirrend, denn die in §. 320 Abs. 3 vorgeschriebene Anwendung der Bestimmungen über die A.G. und zum großen Teil auch die in §. 320 Abs. 2 vorgeschriebene Anwendung der für die Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen über das Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zu den Kommanditisten ist — man denke z. B. an die Bestimmungen über Bilanz und Gewinnverteilung — nur möglich in der Weise, daß alle Kommanditanteil-Berechtigte, gleichgiltig ob sie außerdem auch persönlich haften oder nicht, als eine Gesamtheit aufgefaßt werden.

IV. **Die K.A.G. im Verhältnis zu anderen Vereinigungsformen.** Legt man das vorstehend zu II und III Ausgeführte zu Grunde, so ist die K.A.G. aufzufassen als Verein, dessen Mitglieder die einzelnen „persönlich haftenden Gesellschafter" und der Kommanditistenverein sind. Ob man die K.A.G. als eine K.G. besonderer Art, als eine A.G. besonderer Art (so Pinner Anm. I, Rudorff) oder als eine selbständig neben K.G. und A.G. als etwas Drittes zu stellende Vereinigungsform ansehen will, ist ziemlich willkürlich und hängt davon ab, wie man die Begriffe der K.G. und A.G. bestimmen will. Die K.A.G. ist von der Kommanditgesellschaft namentlich durch die Eigenschaft der ersteren als Verein unterschieden, von der Aktiengesellschaft namentlich durch das Hinzutreten der persönlich haftenden Gesellschafter. Nach beiden Richtungen sind die hiermit zusammenhängenden Verschiedenheiten so erhebliche, daß es zweckmäßig erscheint, die K.A.G. als besondere Vereinigungsform ebenbürtig der K.G. und A.G. an die Seite zu stellen (so auch Staub Anm. 8). Dem entspricht ihre Behandlung in einem besonderen Abschnitt des Buch II H.G.B. — Auch die Kommanditistengesamtheit kann nicht etwa als eine Art A.G., sondern nur als ein der A.G. ähnliches Gebilde aufgefaßt werden.

V. Grundlegende Fragen bezüglich Anwendbarkeit teils der für die Kommanditgesellschaft, teils der für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften (§. 320 Abs. 2, 3).

a. **Regel.** Der Abs. 3 enthält die Regel, daß auf die K.A.G. die Vorschriften über die A.G. zur Anwendung kommen. Zwar sind in §. 320 Abs. 3 ausdrücklich nur die Vorschriften „des dritten Abschnitts" für anwendbar erklärt; doch liegt hierin nicht ein Ausschluß der Anwendung anderer die A.G. betreffender Vorschriften, z. B. der Vorschriften des Vereinsrechts, da anderenfalls nicht gewollte Abweichungen zwischen dem Recht der K.A.G. und demjenigen der A.G. entstehen würden. Von vorstehender Regel gelten folgende Ausnahmen:

b. **Ausnahmen.**

1. Soweit sich aus §§. 321—334 ein Anderes ergiebt (§. 320 Abs. 3). So insbesondere bezüglich der Abhängigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse von Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§. 327) und bezüglich der Auflösungsgründe (§. 330). Die §§. 321—334 gehen nicht, wie es nach der Fassung des §. 320 scheinen könnte, nur den in Abs. 3, sondern auch (vgl. namentlich §§. 327—331) den in Abs. 2 für anwendbar erklärten Vorschriften vor.
2. Soweit sich aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergiebt (§. 320 Abs. 3). Welches „Andere" sich ergiebt, ist nicht gesagt: mithin ist im Gesetz unentschieden gelassen, welche Vorschriften in diesem Ausnahmefall angewendet werden sollen, ob etwa die betreffenden den Vorstand erwähnenden Vorschriften ganz gegenstandslos werden, oder ob sie entsprechend auf die persönlich haftenden Gesellschafter zur Anwendung kommen. Gegen letzteres spricht für die in §§. 321 ff. nicht ausdrücklich geregelten Fälle der Gegenschluß aus der Aufzählung in §. 325. Trotzdem ist in einigen nicht durch §. 325 getroffenen Fällen eine entsprechende Anwendung als gewollt zu erachten. So z. B. bezüglich §§. 192 Abs. 1, 2, 196 Abs. 3 Satz 1, 199 Abs. 2 Satz 1, 204, 240 Abs. 1, 244 Satz 1, §. 282 Abs. 2. Keine entsprechende Anwendung ist gewollt z. B. bezüglich §. 190 Abs. 3, §. 195 Abs. 2 Ziff. 4, Abs. 4, §§. 231—233, 235, 237, 242. Zweifelhaft ist, was gewollt, z. B. für §. 234 (unten Anm. VI i 4), §. 238 (unten Anm. VI b 7) §. 239 (unten Anm. VI i 9), §. 241 (unten Anm. VI i 11), §. 247 Abs. 1 (§. 328 Anm. IV), §. 260 Abs. 1 (unten Anm. VI i 30).
3. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander (§. 320 Abs. 2).
4. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten (§. 320 Abs. 2). Vgl. oben Anm. III a.
5. Bezüglich des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber Dritten (§. 320 Abs. 2).

c. **Hiernach ergiebt sich folgende Übersicht** darüber, welche Vorschriften für die bei der K.A.G. in Betracht kommenden wichtigsten Rechtsbeziehungen maßgebend sind:

1. Errichtung und Entstehung der Gesellschaft. Anwendbar sind im wesentlichen die Vorschriften über die Aktiengesellschaft mit den Maßgaben in §§. 321—324, 325 Ziff. 1, 327. — Sowohl Gleich- wie Stufengründung ist zulässig (Denkschr. 174).
2. Allgemeine Vorschriften über die „Aktien" der Kommanditisten. Anwendbar sind die Vorschriften über die „Aktien" der Aktiengesellschaft.
3. Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über die Aktiengesellschaft. Bezüglich der Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter gelten jedoch die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (§. 320 Abs. 2).

4. Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern. Hierüber ist aus §. 320 Abs. 3 nichts zu entnehmen, weil bei der Aktiengesellschaft kein ähnliches Rechtsverhältnis vorkommt. Andererseits ist dieses Rechtsverhältnis auch nicht in §. 320 Abs. 2 erwähnt, denn die Gesellschaft ist weder ein „Dritter" im Sinn des Abs. 2, noch gleichbedeutend mit der „Gesamtheit der Kommanditisten." Da mithin dies Rechtsverhältnis im Gesetz nicht allgemein geregelt ist, so wird man — wo nicht die Sondervorschriften der §§. 321 ff. eingreifen, oder die Befugnisse des bei der K.G. nicht vorhandenen Aufsichtsrats zum Handeln namens der Gesellschaft in Betracht kommen — entsprechend diejenigen Vorschriften anzuwenden haben, welche bei der Kommanditgesellschaft für die Beziehungen des einzelnen persönlich haftenden Gesellschafters zur Gemeinschaft aller persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten gelten, soweit eine solche Anwendung mit der Eigenschaft der K.A.G. als juristischer Person (oben Anm. II) verträglich ist. Insbesondere sind die persönlich haftenden Gesellschafter neben der Kommanditistengesamtheit Mitglieder des Vereins (oben Anm. II), als welcher die K.A.G. aufzufassen ist. Auch ihr Beitritt enthält die Erklärung des Beitritts zu einem Verein (vgl. §. 188 Anm. I, §. 182 Anm. II a 2), nicht den Abschluß eines Vertrages nur mit den einzelnen Gesellschaftern (vgl. unten zu 11). Was sie einlegen, wird, auch wenn man die in §. 105 Anm. I g 2 für die offene Handelsgesellschaft dargelegte Ansicht nicht billigt, Eigentum der K.A.G., nicht etwa Eigentum zur gesamten Hand der Gesellschafter (Staub 7. Aufl. Anm. 49). — Im einzelnen bleibt allerdings vieles zweifelhaft.

5. Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und zu Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft. Vgl. jedoch unten zu 11 über Aufnahme von Vorschriften, die das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander betreffen, in die Satzung.

6. Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Gesamtheit der Kommanditisten. In erster Reihe kommen diesbezügliche in §§. 321—334 enthaltene Vorschriften zur Anwendung (oben Anm. V b 1; vgl. §. 327 Anm. I). In zweiter Reihe sind entsprechend (oben Anm. III a) anwendbar die Vorschriften, welche für die Kommanditgesellschaft das Rechtsverhältnis zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den Kommanditisten regeln.

7. Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenüber den Kommanditisten. Anwendbar sind die Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Aktiengesellschaft zu ihren Aktionären mit den Maßgaben, welche aus §§. 321—334 und den vorstehend zu 6 erwähnten Vorschriften folgen. Die Kommanditistengesamtheit ist neben den persönlich haftenden Gesellschaftern Mitglied der K.A.G. (oben Anm. IV).

8. Rechtsverhältnis der Kommanditisten untereinander und zu Dritten. Anwendbar sind die Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Aktionäre untereinander (soweit ein solches besteht) und zu Dritten.

9. Verfassung. Die Verfassung ist ein Gemisch aus derjenigen der Aktiengesellschaft und derjenigen der Kommanditgesellschaft.

α. Ein Vorstand besteht nicht. An Stelle desselben stehen die persönlich haftenden Gesellschafter. Sie sind — anders als der Vorstand der A.G. — nicht jederzeit absetzbare Vereinsbeamte, vielmehr Mit-Geschäftsherren, welche die Geschäfte zwar auch für andere, aber zugleich für sich führen (R.O.H. XVIII, 395, XXIV, 166; vgl. jedoch oben Anm. II)

und nur wegen wichtiger Gründe ausschließbar (§. 140). Die persönlich haftenden Gesellschafter bilden auch nicht, wie es beim Vorstand der Fall, eine in sich geschlossene Behörde, stehen vielmehr der Gesellschaft, der Kommanditistengesamtheit und Dritten grundsätzlich als einzelne gegenüber, wenngleich dieser Unterschied durch Einführung von Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (§. 115 Abs. 2), Gesamtvertretungsmacht (§. 125 Abs. 2) und Mehrheitsbeschlüssen (§. 119 Abs. 2) der persönlich haftenden Gesellschafter abgeschwächt werden kann. — Aus der Eigenschaft der K.A.G. als Verein (oben Anm. II) folgt (§. 1 Anm. II E), daß die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. nicht als solche die Eigenschaft eines Kaufmanns haben (Staub 7. Aufl. Anm. 11; dagegen Cosack §. 123 I 4 b, Keyßner §. 320 Anm. 6). — Inwieweit sie als Zeugen vernommen werden können, vgl. unten Anm. VI h 1 Über den Grad ihrer Haftung vgl. unten Anm. VI i 11.

β. Betreffs des Aufsichtsrats kommen die Vorschriften über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft zur Anwendung, er ist mithin eine Behörde der Kommanditaktiengesellschaft (ebenso Cosack §. 123 VI 2, Pinner §. 328 Anm. I Staub §. 320 Anm. 91; Denkschr. 178: „hat in erster Linie die Interessen der Kommanditisten zu vertreten"); doch hat der Aufsichtsrat der K.A.G. gleichzeitig die Stellung eines Vorstandes (Denkschr. 178: „ausführendes Organ": §. 328) des Kommanditistenvereins (oben Anm. III a; vgl. R.O.H. XIV, 309). Über Einzelheiten vgl. unten Anm. VI i 13—19, §. 328.

γ. Die Generalversammlung der K.A.G. unterliegt im wesentlichen den Vorschriften über die Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Während aber die Generalversammlung der Aktiengesellschaft eine Behörde dieser Gesellschaft ist, kann man — wenngleich dies im Gesetz nicht zu scharfem Ausdruck gekommen ist — die Generalversammlung der Kommanditaktiengesellschaft wohl nicht als Behörde dieser Gesellschaft, vielmehr nur als Behörde des Kommanditistenvereins ansehen (vgl. Denkschr. 177; ebenso Pinner Anm. IV 4, Staub 7. Aufl. Anm. 5 Ziffer 4). Ein Beschluß der Generalversammlung der K.A.G. enthält nur den Ausdruck des Willens der Kommanditisten, nicht der Gesellschaft, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß in gewissen Fällen die Willensäußerung der Kommanditisten genügt, um die Gesellschaft zu binden. Auf dieser abweichenden Stellung der Generalversammlung der K.A.G. beruhen die Vorschriften des §. 327.

10. Geschäftsführung. Soweit die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung in Betracht kommt, sind die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften anzuwenden (§. 320 Abs. 2). Soweit der inhaltliche Umfang der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht kommt, ist grundsätzlich gleichfalls auf die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft zurückzugreifen, denn (§. 320 Abs. 2) dieser Umfang ist ein Ausdruck des Rechtsverhältnisses der persönlich haftenden Gesellschafter zu einander und zur Kommanditistengesamtheit: aus §§. 321 ff. (vgl. namentlich §. 325) folgt aber, daß in zahlreichen Beziehungen auch die Vorschriften über die Geschäftsführung des Vorstandes der Aktiengesellschaft zur entsprechenden Anwendung kommen (vgl. auch §. 327 Anm. I). — Vgl. auch unten Anm. VI b 5—8.

11. „Gesellschaftsvertrag" und Abänderungen desselben. Erachtet man die K.A.G. als juristische Person (oben Anm. II), so ist auch bei der K.A.G. der „Gesellschaftsvertrag" des H.G.B. kein Gesellschaftsvertrag, sondern eine Satzung im Sinne des B.G. (vgl. Buch II Abschn. 3 Vorbem. II). Die Satzung der K.A.G. hat aber zugleich die Eigenschaft einer Satzung der Kommanditistengesamtheit (vgl. oben Anm. III a). Da beide Bestandteile nicht von

einander unterscheidbar ineinanderfließen, wird §. 327 Abs. 2 (in Verbindung mit §. 321 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, §. 182 Abs. 2 Ziff. 3, 5) wohl dahin ausgelegt werden müssen, daß jede Satzungsänderung, selbst wenn sie nur das Verhältnis der Kommanditisten untereinander, z. B. die Art der Einteilung des Grundkapitals oder die Verteilung des Stimmrechts in der Generalversammlung, betrifft, der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedarf. Aber auch die in die einzelne Satzung etwa aufgenommenen Bestimmungen, welche das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander regeln, sind trotz §. 320 Abs. 2 als Teil der Satzung und nicht etwa als ein davon zu unterscheidender Vertrag anzusehen; ihre Abänderung ist daher nur im Wege der Satzungsänderung zulässig, also nur mit Zustimmung der Generalversammlung der Kommanditisten in den für Satzungsänderungen vorgeschriebenen Formen. — Nach Vorstehendem kommen auf Satzungsänderungen jeder Art bei der K.A.G. für die stets erforderliche Zustimmung der Kommanditistengesamtheit die Vorschriften über Änderung der Satzung einer A.G. zur Anwendung mit der Maßgabe, daß für jede Satzungsänderung die Zustimmung auch der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (im Ergebnis ebenso Cosack §. 123 X 2, Staub 7. Aufl. Anm. 99, 107; daß es aus §. 320 Abs. 2 folge, was Staub annimmt, ist jedoch nicht anzuerkennen). — Über das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter vgl. nachstehend zu 13.

12. Auflösung der Gesellschaft. Bezüglich der Auflösungsgründe kommen (§. 330 Abs. 1) die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft mit den Maßgaben in §. 330 Abs. 2, 3 zur Anwendung, bezüglich der Wirkung der Auflösung die Vorschriften (§§. 293, 294 Abs. 1) über die Aktiengesellschaft (Denkschr. 180) mit der Maßgabe in §. 330 Abs. 5. Über Umwandlung einer K.A.G. in eine A.G. ohne Auflösung der ersteren bestimmen §§. 332—334.

13. Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern. Nach §. 322 Abs. 1, 2 sind die Personen und Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung anzugeben. Hieraus würde an sich folgen, daß jede Änderung in den Personen oder Einlagen eine Satzungsänderung enthält. Das Gegenteil ist indessen aus §. 330 Abs. 1, 4, 5 zu entnehmen. Das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters enthält hiernach keine Satzungsänderung (abweichend Cosack §. 123 X 1 a). Vgl. Denkschr. 177: „das Ausscheiden vollzieht sich nicht unter allen Umständen in der Form einer Änderung des Gesellschaftsvertrags". Entsprechend für G. m. b. H.: R.G. XLIV, 97. Das Registergericht kann zwar die Anmeldung der Änderung erzwingen (§. 330 Abs. 5), aber nicht die entsprechende Änderung der Satzung. Der Mangel an Folgerichtigkeit, der hiernach in den Bestimmungen des § 322 Abs. 1, 2 verglichen mit §. 330 liegt, und der sich z. B. darin zeigt, daß eine Minderung des Vermögenseinlage-Versprechens des persönlich haftenden Gesellschafters nur im Wege der Satzungsänderung, das Aufhören des Einlage-Versprechens durch Ausscheiden aber auch ohne Satzungsänderung eintreten kann, ist in seinen Wirkungen für Dritte gemildert durch die Bestimmungen der §§. 330 Abs. 5, §. 15. — Über die Frage, ob in anderen Fällen einer Änderung in den Personen der persönlich haftenden Gesellschafter eine Satzungsänderung liegt, vgl. §. 322 Anm. I.

14. Liquidation. Die Liquidation hat im wesentlichen nach den Vorschriften über Liquidation der Aktiengesellschaft zu erfolgen (vgl. Denkschr. 181: „ganz in derselben Weise wie die Liquidation der A.G.") mit der Maßgabe in §. 331. In einigen Beziehungen muß indessen, da das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zu einander, zur Kommanditistengesamtheit oder zu Dritten

hineinspielt, auf die Vorschriften über Liquidation der Kommanditgesellschaft zurückgegriffen werden (§. 320 Abs. 2; vgl. unten Anm. VI d 15 ff.). Insbesondere kommt bezüglich Verteilung des Gesellschaftsvermögens zunächst §. 155 mit den in §. 329 Abs. 1 Satz 2 und §. 240 Abs. 2 für die Fälle von Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Unterbilanz festgesetzten Maßgaben so zur entsprechenden Anwendung, als wäre die Kommanditistengesamtheit ein Kommanditist (oben Anm. III a), und erst für das hiernach auf die Kommanditistengesamtheit entfallende Auseinandersetzungsguthaben sind §§. 300, 301 maßgebend (§. 329 Anm. III a, Cosack §. 122 VII 3, Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 19; dagegen Pinner §. 331 Anm. II). Erheblich ist die Anwendbarkeit des §. 155 im wesentlichen nur für vorläufige Verteilungen (§. 155 Abs. 2 Satz 1 verglichen mit §. 300 Anm. II b, §. 301), da endgiltige Verteilung auch bei der Kommanditgesellschaft erst nach Legung der „Schlußbilanz" (§. 155 Abs. 1), bei der K.A.G. also erst nach Legung der „Schlußrechnung" (§ 302 Anm. II a, §. 320 Abs. 3) zulässig ist, die Legung der Schlußrechnung aber nach §. 302 Abs. 1 die erfolgte Beendigung der Liquidation, mithin auch die Erledigung der Vorschriften des §. 301, voraussetzt.

15. Nichtigkeit der Gesellschaft. Die Vorschriften über Nichtigkeit der Aktiengesellschaft finden Anwendung mit der Maßgabe, daß an die Stelle des §. 182 Abs. 2 Ziff. 4 der §. 322 Abs. 1 und wohl auch Abs. 2 tritt.
16. Verjährung der Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter. Anwendbar sind die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft.
17. Strafvorschriften. Anwendbar sind die Vorschriften über die Aktiengesellschaft mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle der Vorstandsmitglieder treten.

VI. **Die einzelnen Vorschriften des H.G.B. über o.H.G., K.G. und A.G., geprüft bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf die K.A.G.** Die in §. 320 Abs. 2, 3 getroffene Regelung scheint auf den ersten Blick eine einfache. Sie leidet indessen schon daran, daß Abs. 2 und Abs. 3 in sich widerspruchsvoll sind (oben Anm. II, III). Auch wird §. 320 Abs. 2 beschränkt durch einige der in §§. 321 ff. enthaltenen oder in untrennbarem Zusammenhange mit letzteren stehenden Vorschriften. Dazu kommt, daß in dem durch §. 320 Abs. 2 mit in Bezug genommenen §. 161 Abs. 2 auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft soweit sie nicht durch §§. 161 bis 177 geändert, und in dem mit dieser Maßgabe anwendbaren § 105 Abs. 2 auf die Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft, soweit sie nicht durch §§. 105—160 geändert, Bezug genommen ist, daß aber die Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft teilweise unanwendbar auf die K.A.G. sind, weil diese ein Verein ist. Soweit nach §. 320 Abs. 3 aktienrechtliche Vorschriften (mit den Maßgaben in §§. 321—334) zur Anwendung kommen, gelten daneben ergänzend die Vorschriften des B.G. über rechtsfähige Vereine (Buch II Abschn. 3 Vorbem. II; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 7). Endlich ist auch §. 322 Abs. 1, 2 in einem wesentlichen Punkte nicht folgerichtig mit §. 330 Abs. 1, 4, 5 vereinbar (oben Anm. V c 13). Aus allem diesem ergiebt sich eine solche Menge von Zweifeln bei dem Versuch, die einzelnen Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen, daß die Art der gesetzlichen Regelung als eine nicht glückliche angesehen werden muß.

a. **Errichtung der offenen Handelsgesellschaft.** Über Errichtung und Entstehung der K.A.G. vgl. oben Anm. V c 1.

1. **§. 105 H.G.B.** Begriff der offenen Handelsgesellschaft (Abs. 1); Bürgerliches Gesetzbuch als Grundlage (Abs. 2). Der §. 105 Abs. 1 nicht anwendbar. Der §. 105 Abs. 2 anwendbar für die in §. 320 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverhältnisse, soweit auch in Buch II Abschnitt 2 und 4 nicht ein Anderes vorgeschrieben ist (vgl. auch oben Anm. V c 4).

2. **§. 106 H.G.B.** Anmeldung bei Errichtung der Gesellschaft. Nicht anwendbar; ersetzt durch §§. 195, 323 Abs. 2. Über die Frage, ob die Personen der persönlich haftenden Gesellschafter erstmalig anzumelden sind, vgl. §. 323 Anm. IV.
3. **§. 107 H.G.B.** Anmeldung bei Änderungen. Soweit bei der K.A.G. die im §. 107 erwähnten Änderungen nur im Wege der Satzungsänderung erfolgen können, ersetzt durch §. 277 (§. 320 Abs. 3). Nimmt man an, daß ein Eintreten neuer persönlich haftender Gesellschafter bei der K.A.G. auch in anderer Weise als durch Satzungsänderung zulässig ist, so ist insoweit wohl §. 107 anzuwenden (§. 325 Anm. III); doch kann dies hier dahingestellt bleiben, da aus §. 324 (vgl. §. 325 Ziff. 1) dieselbe Anmeldungspflicht folgen würde.
4. **§. 108 H.G.B.** Form der Anmeldung; Firmen- und Unterschriftszeichnung. Der § 108 Abs. 1 (nicht §. 234, der nur Anmeldung in vertretungsberechtigter Zusammensetzung fordert) ist anwendbar für diejenigen im §. 107 erwähnten Fälle, bei denen keine Satzungsänderung vorliegt (vorstehend zu 3); in den übrigen Fällen kommt §. 277 Abs. 1 zur Anwendung. — Der §. 108 Abs. 2 ist anwendbar.

b. **Rechtsverhältnis der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft unter einander.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G., vgl. oben Anm. V c 5, jedoch auch Anm. V c 4, 11.

1. **§. 109 H.G.B.** Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zum Gesetz. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G., soweit §§. 163 bis 169 und §§. 321—334 nicht entgegenstehen. Vgl. auch oben Anm. V c 11.
2. **§. 110 H.G.B.** Aufwendungen und Verluste eines Gesellschafters. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2.)
3. **§. 111 H.G.B.** Verzögerung der Einlegung oder Geldablieferung, unbefugte Entnahmen. Anwendbar (oben Anm. V c 4). Vgl. auch §. 325 Ziff. 7.
4. **§§. 112, 113 H.G.B.** Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar; ersetzt durch §. 326. Sachlich zutreffend ist aber auch neben §. 326 Abs. 2 der Vorbehalt in §. 113 Abs. 4 (§. 326 Anm. III).
5. **§. 114 H.G.B.** Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2); doch sind neben ihnen auch Aufsichtsrat (§. 246 Anm. III, §. 328 Anm. III; vgl. §. 325 Ziff. 3—5, 7) und Generalversammlung (§. 250 V b, §. 327 Anm. I; vgl. §. 325 Ziff. 3, 5, 7, §. 327 Abs. 3) in gewissem Umfange geschäftsführungsbefugt.
6. **§. 115 H.G.B.** Geschäftsführung durch mehr als einen Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2). Bezüglich des Widerspruchsrechts der Kommanditistengesamtheit vgl. unten zu §. 164 Satz 1.
7. **§. 116 H.G.B.** Umfang der Geschäftsführungsbefugnis. Der §. 116 Abs. 1 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2); doch sind neben ihnen auch Aufsichtsrat und Generalversammlung in gewissem Umfange geschäftsführungsbefugt (oben zu 5). — Der §. 116 Abs. 2, falls man annimmt, daß für die Kommanditgesellschaft §. 164 Satz 1 Halbs. 2 nicht an Stelle des §. 116 Abs. 2, sondern neben ihm gilt (§. 161 Anm. II b 7), ist anwendbar auf die K.A.G. in der Weise, daß für eine über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb (§. 210 Anm. III, §. 238 Anm. I c) hinausgehende Handlung ein Beschluß aller persönlich haftenden Gesellschafter und ein zustimmender Beschluß der Generalversammlung erforderlich ist. — Der §. 116 Abs. 3 Satz 1 ist anwendbar (§ 164 Satz 2, §. 320 Abs. 2) dahin, daß zur Bestellung eines

Prokuristen es der Zustimmung aller geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter bedarf, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Zweifelhaft ist, ob — trotzdem bei der gewöhnlichen K.G. die Kommanditisten nicht mitzuwirken haben (§. 164 Satz 2) — daneben auch §. 238 zur entsprechenden Anwendung kommt; doch ist dies wohl zu bejahen (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 82, Rudorff zu §. 320 Abs. 3; dagegen Pinner §. 325 Anm. II 4), denn wenngleich die in §. 238 liegende Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Kommanditistengesamtheit berührt, ist die Regel des §. 320 Abs. 2 nicht allein maßgebend, weil §. 238 über eine Obliegenheit des Vorstandes zum Aufsichtsrat im innern Verhältnis bestimmt, hierfür aber nach §. 325 Ziff. 5 die für den Vorstand gegebenen Vorschriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. entsprechende Anwendung finden. — Nimmt man hiernach an, daß der Aufsichtsrat bei der Bestellung eines Prokuristen mitzuwirken hat, so ist §. 116 Abs. 3 Satz 2 entsprechend anwendbar dahin, daß der Widerruf der Prokura (im inneren Verhältnis; für das äußere vgl. §. 126 Anm. I c) durch jeden einzel- oder gesamtgeschäftsführungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrat (anders Staub 7. Aufl. Anm. 83) erfolgen kann.

8. **§. 117 H.G.B.** Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis von persönlich haftenden Gesellschaftern (§. 320 Abs. 2); der Antrag ist zu stellen von allen übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern und von dem Aufsichtsrat auf Grund Beschlusses der Generalversammlung (§. 328 Abs. 2) oder, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt, auch ohne Generalversammlungsbeschluß (§. 328 Abs. 3). — Für nicht entziehbar erachten Cosack §. 123 VI 1 e und Staub 7. Aufl. Anm. 85 die in §. 325 aufgezählten Befugnisse. Dies ist als richtig nur insoweit anzuerkennen, als der betreffenden Befugnis eine öffentlichrechtliche Pflicht entspricht, was allerdings in vielen jener Fälle zutreffen wird.

9. **§. 118 H.G.B.** Nachprüfungsrecht jedes Gesellschafters; insbesondere Einsichtnahme in Handelsbücher und Papiere. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2). Über die entsprechenden Rechte der Kommanditistengesamtheit vgl. unten zu § 166.

10. **§. 119 H.G.B.** Beschlußfassung der Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2) soweit ein von diesen allein zu fassender Beschluß oder ihre Zustimmung zu Beschlüssen der Generalversammlung in Frage kommt. Der §. 119 ist aber nur anwendbar bei denjenigen Beschlüssen, welche im Rahmen des Gesellschaftsvertrages bleiben (§. 119 Anm. I). Für Satzungsänderung ist daher stets Zustimmung aller persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich.

11. **§. 120 H.G.B.** Gewinn- und Verlustanteil. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2) mit der Maßgabe, daß der Jahresgewinn oder -verlust nicht auf Grund der Bilanz, sondern in anderer Weise, z. B. auf Grund der Gewinn- und Verlustrechnung unter Nichtberücksichtigung des Gewinn- oder Verlustvortrages, ermittelt wird. Die Bilanz ist im wesentlichen nach aktienrechtlichen Vorschriften aufzustellen, weist daher nicht den Jahresgewinn oder -verlust nach (§. 261 Anm. XII). Auch bezüglich der Bewertung von Vermögensgegenständen sind die aktienrechtlichen Vorschriften maßgebend (Cosack §. 123 VIII 2, Staub 7. Aufl. Anm. 65). — Inwieweit §. 120 auch auf die Gesamtheit der Kommanditisten anwendbar ist, vgl. §. 329 Anm. I.

12. **§. 121 H.G.B.** Höhe der Gewinn- und Verlustanteile. Der §. 121

Abs. 1 und 2 anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. und die wie ein Gesellschafter (oben Anm. IIIa) zu behandelnde Gesamtheit der Kommanditisten (§. 168 Abs. 1, §. 320 Abs. 2; vgl. §. 329 Anm. I). Unter „Jahresgewinn" ist in §. 121 dasselbe verstanden, wie in §. 262 Ziff. 1 unter „jährlicher Reingewinn" (§. 262 Anm. II a 1). — Der §. 121 Abs. 3 ist ersetzt durch §. 168 Abs. 2.

13. **§. 122 H.G.B.** Verminderung des Kapitalanteils, Entnahmen. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. mit den Maßgaben in §. 329.

c. **Rechtsverhältnis** (der offenen Handelsgesellschaft bezw.) **der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft zu Dritten.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. vgl. oben Anm. V c 3, 5.

1. **§. 123 H.G.B.** Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten. Nicht anwendbar auf die K.A.G. weil unvereinbar mit §. 200 Abs. 1 (oben Anm. V c 3).

2. **§. 124 H.G.B.** Rechtsfähigkeit der Gesellschaft unter ihrer Firma. Der §. 124 ist nicht als solcher anwendbar (oben Anm. V c 3). An Stelle desselben ist anwendbar §. 210 Abs. 1, welcher jedoch sachlich dasselbe wie §. 124 bestimmt.

3. **§§. 125—127 H.G.B.** Vertretungsmacht der Gesellschafter. Anwendbar auf die Vertretung durch die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2); doch sind neben ihnen auch Aufsichtsrat (§. 247 Anm. I—IV, §. 328 Anm. III, IV) und Generalversammlung (§. 250 Anm. V c; vgl. §. 327 Anm. III) in gewissem Umfange vertretungsberechtigt. — Der §. 125 Abs. 4, welcher über die Anmeldung bestimmt, wird nicht berührt durch §. 323 Abs. 4, der anordnet, in welchem Umfange das Angemeldete einzutragen ist. Gegen die Anwendung des §. 125 Abs. 4, wonach sämtliche Gesellschafter anzumelden haben, zu Unrecht Pinner §. 325 Anm. III 2. — Der §. 126 Abs. 1 erleidet eine Abweichung dadurch, daß nach zur Anwendung kommenden aktienrechtlichen Vorschriften bestimmte Geschäfte vollständig verboten und bezüglich anderer Geschäfte die Wirksamkeit einer Erklärung der persönlich haftenden Gesellschafter an die Zustimmung einer anderen Gesellschaftsbehörde geknüpft ist (vgl. §. 235 Anm. III a, Pinner §. 325 Anm. III 4, Staub 7. Aufl. Anm. 75). — Bezüglich der näheren Art, wie sich die entsprechende Anwendung des §. 127 gestaltet, vgl. das oben zu §. 117 Gesagte.

4. **§. 128 H.G.B.** Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2, vgl. R.O.H. XXIV, 167). — Kleine Abweichungen ergeben sich, wenn man annimmt, daß zwar bei der K.A.G., aber nicht bei der o.H.G. Gesamthaftung der Gesellschafter mit der Gesellschaft vorliegt (vgl. §. 128 Anm. I, Staub 7. Aufl. Anm. 54, 55).

5. **§. 129 H.G.B.** Zulässige Einwendungen der Gesellschafter. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2). Ebenso die Vorschriften der K.O. §§. 211, 212 über die Wirkung eines Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurse und des gleichzeitigen Schwebens von Konkursen über das Gesellschaftsvermögen und über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. §. 129 Anm. I a, II d).

6. **§. 130 H.G.B.** Haftung neu eintretender Gesellschafter. Anwendbar auf diejenigen, welche in eine K.A.G. als persönlich haftende Gesellschafter eintreten (§. 320 Abs. 2). Der Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine Aktiengesellschaft ist nur im Wege der Auflösung der A.G. und Neugründung einer K.A.G. möglich (§. 292 Anm. I e 2).

d. **Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern derselben; Liquidation.** Über die Anwendbarkeit auf die K.A.G. vgl. oben Anm. V c, 12—14.

1. **§. 131 H.G.B.** Auflösungsgründe. Anwendbar (§. 330 Abs. 1, 161 Abs. 2, 177) mit den Maßgaben in §. 330 Abs. 2, 3. Bezüglich der einzelnen Auflösungsgründe (§. 131 Anm. I) ist folgendes hervorzuheben:

α. Zeitablauf (§. 131 Ziff. 1). Die Wirkung der Auflösung durch Zeitablauf richtet sich nach Aktienrecht (§. 330 Anm. I a). Mithin (§. 292 Anm. I a) kann die Verlängerung der satzungsmäßigen Gesellschaftsdauer nur durch einen vor Auflösung gefaßten Satzungsänderungsbeschluß herbeigeführt werden, nicht aber — abweichend von dem Fall der Kommanditgesellschaft (§. 134, §. 131 Anm. III) — durch stillschweigende Fortsetzung (unten Anm. VI d 4) oder durch Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung (Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 3). — Über zulässige Fortsetzungsbeschlüsse nach Auflösung aus anderen Gründen als wegen Zeitablaufs bestimmen §. 141 Abs. 2 (unten Anm. VI d 11), §. 307; über Fortsetzung nach Umwandlung vgl. §. 333 Abs. 3.

β. Beschluß der Gesellschafter (§. 131 Ziff. 2). Erforderlich sind übereinstimmende Erklärungen (vgl. §. 327 Anm. III b) der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit. Über die Frage, ob alle persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen müssen, oder ob ein den Regeln des §. 119 folgender Beschluß genügt, vgl. §. 131 Anm. I b, § 320 Anm. VI b 10. Die Kommanditistengesamtheit wird durch die Generalversammlung vertreten; für deren Beschluß ist erschwerte Mehrheit vorgeschrieben (§. 330 Anm. I c). Über die Frage, ob der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung genügt auch wenn die Satzung längere Dauer vorschreibt, vgl. §. 292 Anm. I b 4.

γ. Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen (§. 131 Ziff. 3). Vgl. §. 124 Anm. II f, §. 292 Anm. I c. Über den Sonderfall des Konkurses einer K.A.G. bestimmt K.O. §§. 209—212. Über die Verpflichtung der persönlich haftenden Gesellschafter zur Stellung des Konkursantrages bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vgl. §§. 240 Abs. 2, 315 Ziff. 2 (unten Anm. VI i 10, m 1). Im Konkurse bleiben die bisherigen Behörden der K.A.G. bestehen (§. 292 Anm. I c 3); mithin bleiben — in entsprechend beschränkter Weise wie bei der A.G. der Vorstand — die vertretungsberechtigten unter den persönlich haftenden Gesellschaftern auch während des Konkurses Vertreter der Gesellschaft.

δ. Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt (§. 131 Ziff. 4). Dies findet Anwendung auf den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters, nicht auch auf den Tod eines einzelnen Kommanditisten (oben Anm. V c 7). Ob bei Fortfall (vgl. §. 292 Anm. I d) der Kommanditistengesamtheit notwendig Auflösung oder nur Umwandlung ohne Auflösung eintritt, vgl. §. 330 Anm. III b, §. 332 Anm. I. Da die Kommanditistengesamtheit der K.A.G. dem einzelnen Kommanditisten der K.G. entspricht (oben Anm. III a), könnte in Frage kommen, ob auf ihren Fortfall §. 177 Anwendung findet (§. 330 Abs. 1); dies ist indessen zu verneinen, da der in §. 177 behandelte Fall des Todes insofern nicht dem Fortfall entspricht, als in jenem Fall die Persönlichkeit des gestorbenen Kommanditisten durch dessen Erben ersetzt wird, während hier die fortgefallene juristische Person ohne Ersatz der Persönlichkeit untergeht. Nicht aus §. 177 (330 Abs. 1) ist auch etwas für die Frage abzuleiten, wie der Tod des

einzelnen Kommanditisten wirkt (dagegen Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 9); eine derartige Anwendung des §. 330 Abs. 1 — wenngleich der Gesetzgeber sie wohl beabsichtigte — wäre nicht folgerichtig, da nicht der einzelne Kommanditist der K.A.G. dem Kommandisten der K.G. entspricht. — Über Bestimmungen der Satzung betreffs Nichtauflösung oder Ersetzung der Auflösung durch Ausscheiden vgl. §§. 138, 139, 141 (unten Anm. VI d 8, 9, 11).

ε. Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters (§. 131 Ziff. 5). Kommt ein persönlich haftender Gesellschafter in Konkurs, vgl. §. 131 Anm. 1 e. Kommt ein Kommanditist in Konkurs, vgl. §. 330 Anm. I b. Über das Recht der übrigen Gesellschafter auf Fortsetzung der Gesellschaft oder des allein übrigen Gesellschafters auf Übernahme des Geschäfts vgl. §§. 138, 141 Abs. 2, 142 Abs. 2 (unten Anm. VI d 8, 11, 12).

ζ. Kündigung (§. 131 Ziff. 6). Die Kündigung hat seitens des Kündigenden gegenüber allen übrigen Gesellschaftern zu erfolgen (§. 132 Anm. II), wobei die Kommanditistengesamtheit als ein Gesellschafter gilt (oben Anm. III a). Bei Entgegennahme oder Bewirkung (§. 330 Anm. I c) der Kündigung wird die Kommanditistengesamtheit durch den Aufsichtsrat vertreten (Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 11). Dem Aufsichtsrat ist erklärt, wenn eine für „den Aufsichtsrat" bestimmte Erklärung gegenüber mindestens einem Mitgliede desselben abgegeben ist (B.G. §. 28 Abs. 2, vgl. oben Anm. V c 9 β, H.G.B. §. 236 Anm. IV; abweichend Staub a. a. O.). Über Kündigung durch die Kommanditistengesamtheit vgl. §. 330 Anm. I c. Über Kündigung durch Privatgläubiger vgl. zu §§. 135, 141, 142 Abs. 2 (unten Anm. VI d 5, 11, 12).

η. Gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grunde (§. 131 Ziff. 6). Vgl. §. 133 (unten Anm. VI d 3), §. 330 Anm. I c.

ϑ. Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters oder der Kommanditistengesamtheit. Vgl. §. 330 Anm. II b, III b. Kein Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit liegt in der Vereinigung aller Kommandit-Anteilrechte in einer Hand (§. 292 Anm. I d). Über die Frage, ob der Erwerb aller Kommandit-Anteilrechte durch persönlich haftende Gesellschafter einen Auflösungsgrund bildet, vgl. oben Anm. I b.

ι. Umwandlung in andere Gesellschaftsform. Dies ist Auflösungsgrund nur in bestimmten Fällen (§. 332 Anm. I, vgl. §. 292 Anm. I e).

κ. Entscheidung der Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichts wegen Gefährdung des Gemeinwohls. Vgl. §. 292 Anm. I f.

2. **§. 132 H.G.B.** Kündigungsfrist. Anwendbar auf die Kündigung seitens eines persönlich haftenden Gesellschafters oder seitens der Kommanditistengesamtheit (§. 320 Abs. 2, §. 330 Abs. 1).

3. **§. 133 H.G.B.** Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grunde. Anwendbar (§. 330 Abs. 1) auf die Stellung des Antrages seitens eines persönlich haftenden Gesellschafters und, mit der Maßgabe in §. 330 Abs. 3, auch auf die Stellung des Antrages seitens der Kommanditistengesamtheit. Vgl. §. 330 Anm. I c.

4. **§. 134 H.G.B.** Lebenslängliche oder nach Zeitablauf fortgesetzte Gesellschaft. Anwendbar, soweit es sich um eine für die Lebenszeit eines persönlich haftenden Gesellschafters der K.A.G. eingegangene Gesellschaft handelt. Eine stillschweigende Fortsetzung der K.A.G. nach Ablauf der für ihre Dauer bestimmte Zeit und ihrer hierdurch erfolgten Auflösung (§. 131 Ziff. 1, §. 330 Abs. 1) ist dagegen nicht zulässig, da §. 330 eine diesbezügliche Ausnahmebestimmung nicht enthält, mithin die Vorschriften über die Aktiengesellschaft anwendbar sind (§. 320 Abs. 3), eine stillschweigende Fortführung des Betriebes nach Ablauf der

Zeit aber bei der A.G. nicht die erfolgte Auflösung ungeschehen machen kann (§. 292 Anm. I a).

5. **§. 135 H.G.B.** Kündigung durch Privatgläubiger. Anwendbar auf die Kündigung seitens des Privatgläubigers eines persönlich haftenden Gesellschafters der K.A.G. (§. 330 Abs. 1). Die Kündigung ist gegenüber den übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern und dem Aufsichtsrat zu erklären (oben Anm. VI d 1 ζ, Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 15). Eine Kündigung durch Gläubiger eines Kommanditisten ist unzulässig (§. 330 Abs. 2). Vgl. §. 330 Anm. I b.

6. **§. 136 H.G.B.** Geschäftsführung nach Auflösung. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2).

7. **§. 137 H.G.B.** Vorläufige Fortführung bei Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (§. 320 Abs. 2).

8. **§. 138 H.G.B.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag. Anwendbar auf die K.A.G. (§. 330 Anm. II a 2), wenn einer von mehreren (§. 330 Anm. II b) persönlich haftenden Gesellschaftern kündigt oder stirbt oder über dessen Vermögen Konkurs eröffnet wird. Nicht anwendbar, wenn die Kommanditistengesamtheit kündigt (§. 330 Anm. III b).

9. **§. 139 H.G.B.** Fortsetzung mit den Erben. Für die Anwendbarkeit auf die Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters der K.A.G. spricht an sich §. 330 Abs. 1. Zweifelhaft aber ist zunächst, in welcher näheren Art die Anwendung des §. 139 Abs. 1 möglich ist. Einigkeit herrscht darüber, daß der Erbe nicht die in §. 139 Abs. 1 ihm zugestandene Stellung als „Kommanditist einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft" beanspruchen könne, da eine solche Stellung mit dem Gefüge der K.A.G. unvereinbar ist. Streit aber herrscht darüber, welche andere Stellung er beanspruchen könne. Pinner §. 330 Anm. II 6 a β geht davon aus, daß der Erbe die Stellung als Kommanditist der Kommanditaktiengesellschaft fordern könne; sein Eintreten ist dann allerdings nur im Wege der Erhöhung des Grundkapitals möglich; soll ihm der bisherige Gewinnanteil belassen werden, so würde ferner für ihn eine besondere Gattung von Anteilrechten geschaffen werden müssen; fernere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Erblasser keine oder keine bare oder eine unter 1000 Mk. bleibende Einlage versprochen, oder wenn er von der versprochenen Bareinlage noch nicht ein Viertel geleistet oder von einer geleisteten Einlage einen Teil zurückerhalten hatte. Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 9 geht dagegen davon aus, daß der Erbe die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter fordern könne. Hierdurch entfernt er sich noch mehr als Pinner von dem Inhalt des §. 139; so vermeidet er allerdings einige Schwierigkeiten, seine Ansicht führt aber zu dem anderen Bedenken, daß der Erbe, auch wenn er nichts erklärt, persönlich haftender Gesellschafter wird (§. 139 Anm. IV a), mithin die in §. 139 erforderte Erklärung eines Einverständnisses hiermit seitens der übrigen Gesellschafter nicht erheblich sein kann. Man wird daher in diesem Punkt der Ansicht Pinners den Vorzug geben müssen, wenngleich im einzelnen vieles zweifelhaft bleibt. — Zweifelhaft ist ferner, wie §. 139 Abs. 2 mit §. 330 Abs. 4 zu vereinigen ist. Pinner wendet den §. 139 Abs. 2 in vollem Umfange an, Staub dagegen setzt an die Stelle der dort gewährten Befugnis des Ausscheidens das Recht, die Auflösung der K.A.G. zu verlangen. Staub giebt hiernach jedem Erben schlechthin die Wahl, ob er persönlich haftender Gesellschafter werden oder der Satzung zuwider die Auflösung der Gesellschaft fordern wolle. Darin liegt aber eine dem §. 139 nicht entsprechende einseitige Bevorzugung des Erben gegenüber der Gesellschaft. Zutreffender aber wird es wohl sein, den §. 139 Abs. 2 für überhaupt unanwendbar zu erachten wegen Entgegenstehens des §. 330

Abs. 4. Voraussetzung des §. 139 ist, daß im Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden nicht nur nicht für zulässig erklärt, sondern sogar ausdrücklich ausgeschlossen ist; §. 330 Abs. 4 läßt aber ein Ausscheiden nur zu, wenn es in der Satzung für zulässig erklärt ist; nur mit dieser Maßgabe sind die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft überhaupt anwendbar (§. 330 Abs. 1). Man kann nicht etwa einwenden, der §. 330 Abs. 4 handle nur von dem Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter, §. 139 Abs. 2 aber vom Ausscheiden der Erben von solchen. Denn, wenn in der Satzung bestimmt ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll, so werden die Erben, wenn sie nichts erklären, ihrerseits persönlich haftende Gesellschafter (§. 139 Anm. IV a, §. 322 Anm. I), nur vorbehaltlich der Möglichkeit nachträglicher Haftungsbeschränkung mit rückwirkender Kraft gemäß §. 139 Abs. 4. Selbst wenn man aber nicht zugeben wollte, daß wenn A gestorben ist und dessen Erbe B ausscheidet, darin ein Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters B liegt, so liegt doch darin mindestens ein Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters A. So erwähnt z. B. §. 138 ein Ausscheiden mit dem Zeitpunkt des Todes. Wie man daher auch das Ausscheiden des Erben auffassen will, so läge darin jedenfalls ein nach §. 330 Abs. 4 mangels gestattender Satzungsbestimmung verbotenes Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters. — Infolge der Unanwendbarkeit des §. 139 Abs. 2 wird nicht der §. 139 in vollem Umfange unanwendbar. So ist insbesondere §. 139 Abs. 4 anwendbar, wenn binnen der dort bestimmten Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben freiwillig die Stellung als Kommanditist eingeräumt wird.

10. **§. 140 H.G.B.** Ausschließung eines Gesellschafters. (Voraussetzung ist, daß mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind; andernfalls §. 142). Anwendbar auf die Ausschließung von persönlich haftenden Gesellschaftern der K.A.G. (§. 320 Abs. 2; vgl. R.O.H. XVIII, 396) mit der Maßgabe, daß der in §. 140 angeführte §. 133 nur so anzuwenden ist, wie er bei der K.A.G. überhaupt zur Anwendung kommt (oben Anm. VI d 3), daß mithin der Antrag nur gemäß der Vorschrift des §. 330 Abs. 3 gestellt werden kann (§. 330 Anm. I c). Eine Ausschließung der Kommanditistengesamtheit ohne Auflösung der K.A.G. ist unzulässig (§. 330 Anm. III b, Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 27).

11. **§. 141 H.G.B.** Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern nach Kündigung durch Privatgläubiger oder bei Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (§. 330 Abs. 1; dagegen Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 32) mit der Maßgabe (§. 330 Abs. 4; abweichend Pinner §. 330 Anm. II 6 c, d), daß die in §. 141 vorgesehenen Erklärungen nur insoweit wirksam sind, wie in der Satzung das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern für zulässig erklärt ist. Der von den übrigen Gesellschaftern zu fassende Beschluß enthält in diesem Falle nicht (was Staub a. a. O. annimmt) eine Satzungsänderung; für Erklärung des Einverständnisses der Kommanditistengesamtheit genügt mithin ein Generalversammlungsbeschluß (vgl. auch §. 330 Anm. I c) mit einfacher Stimmenmehrheit. Soweit der Fall der Konkurseröffnung in Betracht kommt, besteht der Unterschied in den Voraussetzungen des §. 138 vom §. 141 (330 Abs. 4) nur darin, daß §. 138 zur Anwendung kommt, wenn die Satzung bestimmt, daß Folge der Konkurseröffnung das Ausscheiden sei, §. 141 dagegen, wenn die Satzung bestimmt, Folge der Konkurseröffnung sei das Recht der übrigen Gesellschafter, durch besonderen Beschluß an die Stelle der Auflösung das Ausscheiden zu setzen.

12. **§. 142 H.G.B.** Gesellschaft von zwei Gesellschaftern. Anwendbar auf eine K.A.G. (§. 320 Abs. 2). Liegen gegen den einzigen persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. §. 161 Anm. II b 30) Ausschließungs-

gründe vor, fällt er in Konkurs, oder kündigt sein Privatgläubiger, so ist §. 142 in der Weise anzuwenden, daß gemäß §§. 332 ff. zu verfahren ist, wobei die Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters in die Umwandlung der K.A.G. in eine A.G. durch einen gemäß §. 142 zu erlassenden Gerichtsbeschluß ersetzt wird. — Auf den umgekehrten Fall, daß der einzige persönlich haftende Gesellschafter unter Ausscheidung der Kommanditistengesamtheit das Geschäft übernehmen will, ist §. 142 nicht anwendbar, da ein Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit ohne Liquidation des Gesellschaftsvermögens unzulässig ist (§. 330 Anm. III b).

13. **§. 143 H.G.B.** Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden. Der §. 143 Abs. 1 und 2 ist ersetzt durch §. 330 Abs. 5 Satz 1 (vgl. jedoch §. 330 Anm. IV). Der §. 143 Abs. 3 ist anwendbar (§. 330 Abs. 5 Satz 2).

14. **§. 144 H.G.B.** Fortsetzung nach Konkursaufhebung oder -einstellung. Nicht anwendbar; anwendbar ist der entsprechende §. 307 (§. 320 Abs. 3). Mithin brauchen die persönlich haftenden Gesellschafter nicht sämtlich, sondern nur in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 307 Abs. 3, §. 325 Anm. V) anzumelden.

15. **§. 145 H.G.B.** Notwendigkeit der Liquidation. Nicht anwendbar; ersetzt durch §. 294 Abs. 1 (oben Anm. V c 3, Denkschr. 180).

16. **§§. 146, 147 H.G.B.** Liquidatoren, Ernennung und Abberufung. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 3); ersetzt durch §. 295 mit der Maßgabe in §. 331; doch ist §. 146 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, wohl nicht auch Abs. 2 Satz 2, für anwendbar zu erachten (§. 331 Anm. II a). — Über die Frage, ob und mit welchen Maßgaben §. 147 anwendbar, vgl. §. 331 Anm. III b.

17. **§. 148 H.G.B.** Anmeldung, Eintragung, Zeichnung. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 3); ersetzt durch §. 296 mit der Maßgabe in §. 325 Ziff. 1; doch ist §. 148 Abs. 1 Satz 3 (entsprechend dem §. 330 Abs. 5 Satz 2) für anwendbar zu erachten in denjenigen Fällen, in denen der Anmeldung durch die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung besondere Hindernisse durch das etwa erforderliche Mitwirken von Erben erwachsen.

18. **§§. 149—154 H.G.B.** Geschäftsführung und Vertretungsmacht der Liquidatoren. Nur insoweit anwendbar, als in §. 298 darauf verwiesen; im übrigen nicht anwendbar.

19. **§. 155 H.G.B.** Verteilung. Grundsätzlich anwendbar (§. 320 Abs. 2); über die Maßgaben, welche aus dem Eingreifen aktienrechtlicher Vorschriften sich ergeben, vgl. oben Anm. V c 14.

20. **§. 156 H.G.B.** Rechtsverhältnis nach innen und außen während Liquidation. Anwendbar (§. 320 Abs. 2) in demselben Umfange in welchem vor Eintritt der Liquidation die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft maßgebend sind. Im übrigen vgl. §. 294 Abs. 2.

21. **§. 157 H.G.B.** Anmeldung des Erlöschens der Firma, Aufbewahrung der Bücher und Papiere. Der §. 157 Abs. 1 nicht anwendbar (§. 320 Abs. 3); ersetzt durch §. 302 Abs. 1. Der §. 157 Abs. 2 dagegen ist wohl anwendbar, nicht der entsprechende §. 302 Abs. 2 (dagegen Staub 7. Aufl. §. 330 Anm. 20), da Rechte der persönlich haftenden Gesellschafter in Frage kommen (§. 320 Abs. 2). Der §. 157 Abs. 3 ist aus gleichem Grunde anwendbar; neben ihm der §. 302 Abs. 3.

22. **§. 158 H.G.B.** Andere Art der Auseinandersetzung. Nicht anwendbar (oben zu 15).

e. **Verjährung.** Über die Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. vgl. oben Anm. V c 5, 16.

1. **§. 159 H.G.B.** Verjährungsfrist; Beginn der Verjährung. Anwendbar bei Ansprüchen gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2, Denkschr. 181).
2. **§. 160 H.G.B.** Unterbrechung. Anwendbar auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. (§. 320 Abs. 2).

f. **Kommanditgesellschaft.** Über die Anwendbarkeit der **Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (§§. 163—169) vgl. oben Anm. V c 4—8; über die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Kommanditisten zu Dritten** (§§. 170—176) **vgl. oben Anm.** V c 8.

1. **§. 161 H.G.B.** Begriff der Kommanditgesellschaft (Abs. 1); Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft als Grundlage (Abs. 2). Der §. 161 Abs. 1 nicht anwendbar. Der §. 161 Abs. 2 anwendbar für die in §. 320 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverhältnisse, soweit auch in Buch II Abschnitt 4 nicht ein Anderes vorgeschrieben ist. Darüber, inwieweit hiernach die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft auf die K.A.G. Anwendung finden, vgl. vorstehend zu a—e.
2. **§. 162 H.G.B.** Anmeldung der Gesellschaft, Bekanntmachung. Nicht anwendbar, ersetzt durch §§. 195 ff.
3. **§. 163 H.G.B.** Verhältnis der Satzung zum Gesetz in Ansehung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander. Anwendbar auf das Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. unter einander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten (§. 320 Abs. 2), soweit in den §§. 164—169 Bestimmungen, welche die persönlich haftenden Gesellschafter betreffen, enthalten sind und §§. 320—334 nicht entgegenstehen. Nicht anwendbar auf das Verhältnis der Kommanditisten der K.A.G. untereinander, da für diese vielmehr die Vorschriften über Aktionäre zur entsprechenden Anwendung kommen (oben Anm. V c 8).
4. **§. 164 H.G.B.** Geschäftsführung, Prokura. Der §. 164 Satz 1 entsprechend anwendbar auf das Verhältnis der Kommanditisten gesamtheit zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der K.A.G. (§. 320 Abs. 2), nicht jedoch auf das Verhältnis einzelner Kommanditisten zu den persönlich haftenden Gesellschaftern (oben Anm. III a). Das Widerspruchsrecht ist auszuüben durch die Generalversammlung (Pinner §. 327 Anm. V) oder in Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses durch den Aufsichtsrat (Staub 7. Aufl. Anm. 82). — Über die Frage, ob der nach §. 164 Satz 2 für die K.G. unberührt bleibende §. 116 Abs. 3 auch für die K.A.G. unberührt bleibt, vgl. oben zu §. 116 Abs. 3.
5. **§. 165 H.G.B.** Sondergeschäfte der Kommanditisten. Förmlich nicht anwendbar (§. 320 Abs. 3); sachlich aber zutreffend, da dasselbe ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung auch für die Aktionäre der A.G. gilt, die für diese geltenden Bestimmungen aber auf die Kommanditisten der K.A.G. Anwendung finden.
6. **§. 166 H.G.B.** Mitteilung der Bilanz, Einsicht in Bücher und Papiere, Aufklärungen. Nicht anwendbar dahin, daß einzelnen Kommanditisten der K.A.G. die in §. 166 bestimmten Rechte zustehen (§. 320 Abs. 3), dagegen entsprechend dahin anwendbar, daß die in §. 166 bestimmten Rechte der Kommanditistengesamtheit zustehen (oben Anm. III a), mithin im Wege von Beschlüssen der Generalversammlung der Kommanditisten ausgeübt werden können (§. 320 Abs. 2). Soweit nach §. 166 Mitteilung der Bilanz gefordert werden kann, ist allerdings §. 166 gegenstandslos, da §§. 260, 263 ff. (325 Ziff. 3) weitergehende Rechte einräumen (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 100). Bei der zu

gewährenden Einsicht, der Entgegennahme von Mitteilungen, Aufklärungen, Vorlegungen und bei der Prüfung wird dann die Kommanditistengesamtheit durch den Aufsichtsrat vertreten (§. 328 Abs. 1). Daneben besteht das selbständige Überwachungsrecht des Aufsichtsrats aus §. 246 (§. 328 Anm. III). — Abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 52, der annimmt, daß §. 166 in vollem Umfange nicht anwendbar, sondern vollständig durch die aktienrechtlichen Überwachungsvorschriften ersetzt ist.

7. **§. 167 H.G.B.** Gewinn- und Verlust-Anteile, begrenzte Zuschreibung des Gewinns, Begrenzung des Verlustes der Kommanditisten. Anwendbar (§. 320 Abs. 2) für die Berechnung des „Kapitalanteils" und — soweit hieraus abzuleiten — der Gewinn- oder Verlustanteile der Kommanditistengesamtheit (oben Anm. III) im inneren Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der K.A.G. (vgl. oben Anm. VI b 11, §. 329 Anm. I).
8. **§. 168 H.G.B.** Gewinn- und Verlust-Anteile. Anwendbar (§. 320 Abs. 2) auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. und die wie ein Gesellschafter (oben Anm. III a) zu behandelnde Gesamtheit der Kommanditisten (vgl. §. 329 Anm. I).
9. **§. 169 H.G.B.** Gewinnauszahlung an Kommanditisten; Verbot der Minderung des Kapitalanteils von Kommanditisten. Nicht anwendbar: die aktienrechtlichen Vorschriften sind maßgebend (oben Anm. V c 8).
10. **§§. 170—176 H.G.B.** Rechtsverhältnis der Kommanditisten zu Dritten. Nicht anwendbar auf die Kommanditisten der K.A.G.; vielmehr ersetzt durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Aktionäre (§. 320 Abs. 3).
11. **§. 177 H.G.B.** Tod des Kommanditisten. Ob und in welcher Weise anwendbar, vgl. oben Anm. VI d 1 δ.

g. **Allgemeine Vorschriften über die Aktiengesellschaft.** Über Errichtung und Entstehung der K.A.G. vgl. oben Anm. V c 1, über die allgemeinen die „Aktien" der Kommanditisten betreffenden Vorschriften vgl. oben Anm. V c 2.

1. **§. 178 H.G.B.** Begriff der Aktiengesellschaft. Nicht anwendbar.
2. **§. 179 H.G.B.** Mitgliedscheine; Unteilbarkeit; Ausgabe vor Vollzahlung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
3. **§. 180 H.G.B.** Mindestnennbetrag. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
4. **§. 181 H.G.B.** Unterzeichnung der Mitgliedscheine. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
5. **§. 182 H.G.B.** Satzung. Der §. 182 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 321 Abs. 1. — Der §. 182 Abs. 2 anwendbar mit den Maßgaben in §. 322 Abs. 1, 2. — Der §. 182 Abs. 3 anwendbar (§. 320 Abs. 3).
6. **§. 183 H.G.B.** Namenaktien als Regel; Umwandlung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
7. **§. 184 H.G.B.** Ausgabebetrag. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
8. **§. 185 H.G.B.** Aktiengattungen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
9. **§. 186 H.G.B.** Sondervorteile, Nichtbareinlagen, Übernahmen, Gründungsaufwand. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. die zusätzliche Bestimmung in §. 322 Abs. 3.
10. **§. 187 H.G.B.** Gründer. Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 321 Abs. 2.
11. **§. 188 H.G.B.** Gleichgründung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
12. **§. 189 H.G.B.** Stufengründung, Zeichnung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 1.
13. **§. 190 H.G.B.** Erster Aufsichtsrat und Vorstand. Der §. 190 Abs. 1 und 2 anwendbar (§. 320 Abs. 3). Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 2? nimmt an, daß im Fall des §. 190 Abs. 1 nur diejenigen Gründer, welche nicht persönlich haftende Gesellschafter sind, bei der Bestellung des Aufsichtsrats mitzuwirken haben. Dem ist jedoch nicht beizustimmen, denn der erste Auf-

sichtsrat bei Gleichgründung wird durch „die Gründer", nicht durch „die Generalversammlung" gewählt, so daß §. 327 Abs. 1 nicht Anwendung finden kann; die Ansicht Staubs würde auch unmöglich machen (§. 195 Abs. 2 Ziff. 4, §. 243 Anm. I), daß wenn nur bareinlegende Kommanditisten vorhanden sind, auf Grund einer Feststellung der Satzung, bei welcher nur (mindestens fünf) persönlich haftende Gesellschafter mitwirken (was auch Staub 7. Aufl. §. 321 Anm. 2 für zulässig hält; vgl. auch unten §. 321 Anm. III), die Eintragung der Gesellschaft erfolgt. — Der §. 190 Abs. 3 nicht anwendbar (§. 320 Anm. V b 2).

14. **§. 191 H.G.B.** Gründererklärung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Der §. 191 greift, wie aus der in ihm enthaltenen Bezugnahme auf §. 186 Abs. 2 hervorgeht, bei Nichtbareinlagen von Grundkapitalanteil-Übernehmern und Überlassungsverträgen mit beliebigen Personen (persönlich haftenden Gesellschaftern, Kommanditisten oder Dritten) Platz. Für Nichtbareinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter als solcher kommt nicht §. 186 Abs. 2 und infolgedessen auch nicht §. 191, vielmehr lediglich §. 322 Abs. 2 zur Anwendung.

15. **§. 192 H.G.B.** Prüfung des Gründungshergangs. Der §. 192 Abs. 1 anwendbar mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Dies sollte wohl nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der §. 192 nicht zu den in §. 325 erwähnten Vorschriften gehört (oben Anm. V b 2); allerdings lag nach früherem Recht nur dem Aufsichtsrat Prüfung und Bericht ob (A.D.H. Art. 175 e). Der §. 192 Abs. 2 ist mit der gleichen Maßgabe anwendbar. Infolgedessen muß stets eine Prüfung durch besondere Revisoren stattfinden (Staub 7. Aufl. Anm. 32, Pinner §. 321 Anm. III; vgl. auch Denkschr. 174), weil die persönlich haftenden Gesellschafter stets Gründer sind (§. 321 Abs. 2). — Der §. 192 Abs. 3 anwendbar.

16. **§. 193 H.G.B.** Umfang der Prüfung, Prüfungsbericht. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Prüfung auch auf die Richtigkeit und Vollständigkeit derjenigen Angaben zu erstrecken ist, die in Ansehung der in §. 322 Abs. 3 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind (vgl. auch §. 193 Anm. II b 3).

17. **§. 194 H.G.B.** Meinungsverschiedenheiten, Auslagen, Vergütung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

18. **§. 195 H.G.B.** Anmeldung der Gesellschaft. Der §. 195 Abs. 1 ist anwendbar (§. 320 Abs. 3); an die Stelle der dort erwähnten Mitglieder des Vorstandes treten die persönlich haftenden Gesellschafter (§. 325 Ziff. 1); doch sind diese stets zugleich auch Gründer (§. 321). — Der §. 195 Abs. 2 ist anwendbar (§. 320 Abs. 3); die Ziff. 2 jedoch mit der Maßgabe, daß auch die Verträge, welche einer etwaigen Festsetzung gemäß §. 322 Abs. 3 zu Grunde liegen, beizufügen sind (Staub 7. Aufl. Anm. 33); die Ziff. 4 mit der Maßgabe, daß Urkunden über Bestellung eines Vorstandes nicht zu überreichen sind (oben Anm. V b 2). — Der §. 195 Abs. 3 anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 2. — Der §. 195 Abs. 4 ist wohl nicht anwendbar (dagegen Staub a. a. O. unter Berufung auf §. 325 Ziff. 1, der jedoch hierüber wohl nicht bestimmt); vielmehr kommt wohl §. 108 Abs. 2 zur Anwendung. Bei persönlich haftenden Gesellschaftern kann — anders als beim Vorstand (§. 232 Anm. IV) — einem einzelnen alle Vertretungsmacht genommen werden. — Der §. 195 Abs. 5 ist anwendbar (§. 320 Abs. 3).

19. **§. 196 H.G.B.** Errichtungsversammlung. Vgl. §. 323 Anm. III. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 3 und mit der ferneren Maßgabe, daß bei Anwendung des §. 196 Abs. 3 Satz 1 die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstandes treten (vgl. oben Anm. V b 2, VI g 15).

Auch greift wohl §. 327 Abs. 2, 4 ein. Über die Fragen, ob §. 196 Abs. 3 Satz 2 auf die persönlich haftenden Gesellschafter anwendbar und ob §. 196 Abs. 4 Satz 2 anwendbar, vgl. §. 323 Anm. III b, c.

20. **§. 197 H.G.B.** Generalversammlungen vor Eintragung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
21. **§. 198 H.G.B.** Eintragung der Gesellschaft. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 4.
22. **§. 199 H.G.B.** Bekanntmachung der Eintragung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch eine etwaige Festsetzung gemäß §. 322 Abs. 3 in die Veröffentlichung aufzunehmen ist, und daß in §. 199 Abs. 3 Satz 1 an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (oben zu 15).
23. **§. 200 H.G.B.** Rechtsverhältnis vor Eintragung. Der §. 200 Abs. 1 anwendbar (§. 320 Abs. 3); für eine Anwendung der §§. 123, 176 Abs. 1 ist daneben kein Raum (oben Anm. V c 3). — Der §. 200 Abs. 2 anwendbar (§. 320 Abs. 3).
24. **§. 201 H.G.B.** Zweigniederlassung: Anmeldung, Bekanntmachung, Eintragung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3), jedoch §. 201 Abs. 1 mit der Maßgabe in §. 325 Ziff. 1, der §. 201 Abs. 3 mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 4, und §. 201 Abs. 4, 5 mit der zu §. 199 (vorstehend zu 22) vermerkten Maßgabe.
25. **§. 202 H.G.B.** Haftung der Gründer und Mitwirkender. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch Angaben über die zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vorteile (§. 322 Abs. 3) in Betracht kommen (vgl. vorstehend zu 16). Für den Begriff der Gründer ist maßgebend §. 321 Abs. 2.
26. **§. 203 H.G.B.** Haftung der Ankündiger. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch im Fall der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben über die zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vorteile (§. 322 Abs. 3) eine Haftung gemäß §. 203 eintritt.
27. **§. 204 H.G.B.** Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (oben zu 15; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 42).
28. **§. 205 H.G.B.** Vergleiche, Verzichte bei Ansprüchen aus Gründung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 327 Abs. 2.
29. **§. 206 H.G.B.** Verjährung der Ansprüche aus Gründung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
30. **§. 207 H.G.B.** Nachgründung. Anwendbar mit den aus §§. 324, 325 Abs. 1, 327 Abs. 1, 2, 4 sich ergebenden Abweichungen.
31. **§. 208 H.G.B.** Vor Eintragung vereinbarte Nachgründung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Für den Begriff der Gründer ist maßgebend §. 321 Abs. 2.
32. **§. 209 H.G.B.** Nichtige Mitgliedscheine. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

h. **Rechtsverhältnis der Aktiengesellschaft und der Aktionäre.** Über die Anwendbarkeit der hierauf bezüglichen Vorschriften auf die K.A.G. und die Kommanditisten der K.A.G. vgl. oben Anm. V c 3, 6—8.

1. **§. 210 H.G.B.** Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft; Handelsgesellschaft. Anwendbar (§. 320 Abs. 3; vgl. §. 320 Anm. II). **Weder der Kommanditist noch der persönlich haftende Gesellschafter sind Partei im Rechtsstreit zwischen der K.A.G. und Dritten (oben Anm. II); mithin können in diesem Rechtsstreit die Kommanditisten (§. 210 Anm. II c, Staub 7. Aufl. S. 957, Pinner Anm. III) und diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter, welche**

nicht vertretungsberechtigt sind (vgl. §. 124 Anm. IIc; ebenso Staub 7. Aufl. S. 957) als Zeugen vernommen werden.

2. §. 211 H.G.B. Kapitaleinlagen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
3. §. 212 H.G.B. Wiederkehrende Leistungen des Aktionärs. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
4. §. 213 H.G.B. Vermögensrechte des Aktionärs. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß auch den persönlich haftenden Gesellschaftern der K.A.G. in der Regel ein Gewinnanteil zusteht (§. 329 Anm. I, II).
5. §. 214 H.G.B. Höhe der Gewinnanteile der Aktionäre. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
6. §. 215 H.G.B. Verteilung des Reingewinns, Zinsen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
7. §. 216 H.G.B. Vergütung für wiederkehrende Leistungen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
8. §. 217 H.G.B. Gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft an Aktionäre. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
9. §. 218 H.G.B. Verzögerte Einzahlungen. Anwendbar bei Verzögerung der Einzahlungen durch Kommanditisten (§. 320 Abs. 3). Die Einforderung (vgl. §. 218 Anm. II b) ist — mangels anderweiter Satzungsbestimmung — nur zulässig auf Grund übereinstimmender Beschlüsse der persönlich haftenden Gesellschafter und der Generalversammlung (§. 116 Abs. 2, §. 320 Anm. VI b 7); dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 61, welcher die Bestimmung über Einforderung den geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschaftern allein zuweist. Anders bei Einforderung während Konkurses oder Liquidation; vgl. §. 292 Anm. Ic 2, §. 294 Anm. II b 9.
10. §. 219 H.G.B. Verlustigerklärung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
11. §. 220 H.G.B. Rückgriff gegen Rechtsvorgänger; Verkauf des Anteilrechts. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
12. §. 221 H.G.B. Erlaß, Aufrechnung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
13. §. 222 H.G.B. Namenaktien, Eintragung ins Aktienbuch, Übertragung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Ist die diesseits befürwortete (§. 222 Anm. V b 1; dagegen Ring §. 222 Nr. 5) Auslegung zutreffend, wonach auch im Fall des §. 222 Abs. 4 eine Zustimmungserklärung des Vorstandes erforderlich ist, so folgt entsprechend, daß bei der K.A.G. im Fall des Abs. 4 auch eine Erklärung der vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter hinzukommen muß (für letzteres Staub 7. Aufl Anm. 62 mit anderer Begründung).
14. §. 223 H.G.B. Aktienbuch; Anmeldung des Übergangs, Bewirkung der Eintragung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
15. §. 224 H.G.B. Interimsscheine, Eintragung ins Aktienbuch, Übergang. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
16. §. 225 H.G.B. Mitberechtigung am Anteilrecht. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
17. §. 226 H.G.B. Erwerb oder Pfandnahme eigner Mitgliedscheine. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
18. §. 227 H.G.B. Einziehung von Anteilrechten. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
19. §. 228 H.G.B. Kraftloserklärung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
20. §. 229 H.G.B. Umtausch wegen Beschädigung oder Verunstaltung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
21. §. 230 H.G.B. Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

i. **Verfassung und Geschäftsführung.** Über die Anwendbarkeit auf die K.A.G. vgl. oben Anm. Vc 9, 10.

1. **§. 231 H.G.B.** **Vorstand**: Vertretungsmacht, Mitgliederzahl, Widerruf. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 2); ersetzt bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. durch §§. 125 ff., 117, 140 (§. 161 Abs. 2).
2. **§. 232 H.G.B.** Gesamtvertretung. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 2); ersetzt bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G durch §. 125.
3. **§. 233 H.G.B.** Zeichnung. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 2; vgl. §. 125 Anm. II b, III d).
4. **§. 234 H.G.B.** Anmeldung von Änderungen des Vorstandes oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitgliedes. Trotz §. 325 Ziff. 1 wird wohl anzunehmen sein, daß §. 234 Abs. 1, 2 wegen des unmittelbaren Zusammenhanges mit den nicht anwendbaren Vorschriften über die Vertretungsbefugnis des Vorstandes nicht anwendbar sind auf Änderungen der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. oder ihrer Vertretungsbefugnis, daß vielmehr statt dessen die Vorschriften der §§. 107, 108 Abs. 1, 125 Abs. 4 (§. 160 Abs. 2), 277 Abs. 1 (vgl. §. 322 Anm. I) in Betracht kommen. — Der §. 234 Abs. 3 nicht anwendbar; statt dessen §. 108 Abs. 2 (§. 160 Abs. 2).
5. **§. 235 H.G.B.** Beschränkung der Vertretungsbefugnis. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 2). Doch folgt aus §§. 109 (161 Abs. 2), 163, daß jeder persönlich haftende Gesellschafter sowohl gegenüber der Gesellschaft (§. 320 Anm. Vc 4), wie gegenüber der Kommanditistengesamtheit, wie endlich auch gegenüber den anderen persönlich haftenden Gesellschaftern verpflichtet ist, diejenigen Beschränkungen seiner Vertretungsbefugnis einzuhalten, welche in der Satzung oder in einem innerhalb einer Satzungs-Ermächtigung ergangenen Generalversammlungsbeschluß enthalten sind. Statt des §. 235 Abs. 2 kommt §. 126 Abs. 2, 3 (§. 161 Abs. 2) zur Anwendung.
6. **§. 236 H.G.B.** Verbot von Sondergeschäften. Nicht anwendbar; ersetzt durch §. 326.
7. **§. 237 H.G.B.** Gewinnanteil. Nicht anwendbar auf den Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter (§. 329 Anm. I a).
8. **§. 238 H.G.B.** Bestellung eines Prokuristen. Entsprechende Anwendbarkeit auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. zweifelhaft, aber wohl zu bejahen (oben zu §. 116 Abs. 3).
9. **§. 239 H.G.B.** Buchführung. Förmlich wohl nicht anwendbar (vgl. jedoch oben Anm. V b 2; wohl a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 86); sachlich gilt indes auch bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. die Pflicht, für die erforderliche Buchführung zu sorgen (§. 320 Abs. 2, §. 114 Anm. I).
10. **§. 240 H.G.B.** Verlust in Höhe des halben Grundkapitals; Zahlungsunfähigkeit; Ueberschuldung. Der §. 240 Abs. 1 ist wohl mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstandes treten, als entsprechend auf den Fall anwendbar zu erachten, daß sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ein auf die Kommanditistengesamtheit entfallender Verlustanteil (nicht Jahresverlustanteil) ergiebt, der die Hälfte des Grundkapitals erreicht (ebenso Litthauer §. 325 Anm. a). Die Anwendbarkeit des §. 240 Abs. 1 folgt allerdings wohl nicht aus §. 325 Ziff. 2 oder 8, sondern lediglich aus §. 320 Abs. 3 (vgl. oben Anm. V b 2). — Der §. 240 Abs. 2 anwendbar (§. 320 Abs. 3), auch im Fall der Überschuldung (Denkschr. 177, K.O. §. 209 Abs. 1 Satz 2), mit der Maßgabe, daß die persönlich haftenden Gesellschafter an die Stelle des Vorstandes treten (§. 325 Ziff. 8).
11. **§. 241 H.G.B.** Haftung der Vorstandsmitglieder. Nicht anwendbar (§. 320 Abs. 2). Insbesondere haften die persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber

der Gesellschaft wohl nur für die Sorgfalt, welche sie in eigenen Dingen anzuwenden pflegen, es sei denn bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz (§. 114 Anm. V, §. 320 Anm. V c 4; ebenso Pinner §. 325 Anm. V, Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 50, 89, 90; dagegen Cosack §. 123 VI 1 c). Auch §. 241 Abs. 2, 3 ist daher für nicht selbständig neben vorstehender Regel anwendbar zu erachten (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 89, 90); aus §. 325 Ziff. 7, worauf Staub sich unter anderem beruft, und den auch Cosack a. a. O. Anm. 13 anführt, ist nichts für diese Frage zu entnehmen (§. 325 Anm. IV). Die in §. 241 festgesetzte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aber geht unter in der umfassenderen Haftung gemäß §. 128 (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 90).

12. **§. 242 H.G.B.** Stellvertreter. Nicht anwendbar (vgl. oben Anm. V b 2).
13. **§. 243 H.G.B. Aufsichtsrat:** Bestellung, Widerruf. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. §. 327 Anm. III a 1.
14. **§. 244 H.G.B.** Bekanntmachung von Änderungen in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats. Anwendbar mit der Maßgabe, daß die vertretungsermächtigten persönlich haftenden Gesellschafter bekannt zu machen (oben Anm. V b 2; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 94) und einzureichen (§. 325 Ziff. 1) haben.
15. **§. 245 H.G.B.** Vergütung für Thätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Der §. 245 Abs. 1 wird wohl mit der Maßgabe anzuwenden sein, daß nicht nur auf das eingezahlte „Grundkapital", sondern auch auf die geleisteten Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter zunächst 4 vom Hundert abzuziehen sind. — Der §. 245 Abs. 2 ist als anwendbar zu erachten; ebenso der §. 245 Abs. 3; beide jedoch wohl mit der Maßgabe, daß zu dem Beschluß der Generalversammlung die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter hinzukommen muß (§. 327 Abs. 2), da in dem Beschluß des §. 245 Abs. 2 eine Satzungsänderung (oben Anm. V c 11), in dem Beschluß des §. 245 Abs. 3 eine Verfügung über Geldmittel der Gesellschaft liegt (Staub 7. Aufl. Anm. 95).
16. **§. 246 H.G.B.** Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. die zusätzliche Bestimmung des §. 328 Abs. 1. Der §. 246 Abs. 1 Satz 2 ist entsprechend anwendbar auf das an die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. gerichtete Verlangen des Aufsichtsrats auf Berichterstattung (§. 325 Ziff. 5).
17. **§. 247 H.G.B.** Vertretungsmacht des Aufsichtsrats. Über die Frage, inwieweit §. 247 neben §. 328 Abs. 2, 3 entsprechend anwendbar auf das Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der K.A.G. ist, vgl. §. 328 Anm IV a, c.
18. **§. 248 H.G.B.** Unvereinbare Stellungen. Soweit die Unvereinbarkeit der Stellung als Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglied oder Stellvertreter eines solchen behandelt ist, nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 328 Abs. 4. Anwendbar dagegen (§. 320 Abs. 3) soweit die Unvereinbarkeit der Stellung als Aufsichtsratsmitglied mit der Stellung als sonstiger Gesellschaftsbeamter in Frage kommt.
19. **§. 249 H.G.B.** Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß im Fall des §. 249 Abs. 2 nicht eine Gesamthaftung mit den Vorstandsmitgliedern, sondern mit den im Einzelfall etwa ersatzpflichtigen (oben Anm. VI i 11) persönlich haftenden Gesellschaftern eintritt. Die Anwendbarkeit des §. 249 Abs. 2 ist aber zu beschränken auf den Fall einer Verletzung der den Aufsichtsrat als Gesellschaftsbehörde treffenden Obliegenheiten (Staub 7. Aufl. Anm. 93, 97). Insoweit er nicht als Gesellschaftsbehörde, sondern als Vorstand des Kommanditistenvereins (oben

Anm. V c 9) Obliegenheiten zu erfüllen hat, haftet er nur diesem Verein, und die Art der letzteren Haftung regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

20. **§. 250 H.G.B. Generalversammlung**; Ausübung der Gesamtrechte der Aktionäre. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. auch §. 327.

21. **§. 251 H.G.B.** Beschlußfassung der Generalversammlung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. jedoch §. 327 Abs. 2.

22. **§. 252 H.G.B.** Stimmrecht der Aktionäre. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der zusätzlichen Bestimmung in §. 327 Abs. 1. — Für ältere Gesellschaften vgl. Ges v. 18. Juli 1884 §. 4 (Band III S. 35).

23. **§. 253 H.G.B.** Berufung der Generalversammlung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§. 325 Ziff. 2). Die Berufung ist eine Geschäftsführungshandlung, die der gewöhnliche Betrieb mit sich bringt (vgl. §. 116 Abs. 1, §. 164 Satz 1). Mithin richtet sich die Befugnis zur Berufung nach den Regeln des §. 115 (Staub 7. Aufl. Anm. 103, Pinner §. 327 Anm. II; Litteratur bei Staub).

24. **§. 254 H.G.B.** Minderheitsrecht bei Berufung der Generalversammlung und Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß in §. 254 Abs. 3 an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 2) und daß für den in §. 254 Abs. 4 gedachten Beschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2).

25. **§. 255 H.G.B.** Form und Frist der Berufung, Aktienhinterlegung, Anmeldung zur Teilnahme. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

26. **§. 256 H.G.B.** Tagesordnung, Anträge. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

27. **§. 257 H.G.B.** Besondere Mitteilung an Aktionäre durch eingeschriebenen Brief. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

28. **§. 258 H.G.B.** Verzeichnis der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Die etwa teilnehmenden persönlich haftenden Gesellschafter sind nur in dem Fall zu verzeichnen, daß sie auf Grund etwa ihnen zustehender Kommanditanteilrechte teilnehmen (§. 258 Anm. I a, §. 327 Anm. II b; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 104).

29. **§. 259 H.G.B.** Protokoll der Generalversammlung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 327 Abs. 4.

30. **§. 260 H.G.B. Bilanz, Gewinnverteilung und Entlastung**; Beschluß der Generalversammlung; Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für die Genehmigung der Bilanz, des Gewinnverteilungsbeschlusses und der Entlastung des Aufsichtsrats außer einem Generalversammlungsbeschluß auch die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2), und daß an die Stelle des Vorstandes die (geschäftsführenden; §. 327 Anm. III d) persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten, und zwar nicht nur bei Anwendung des §. 260 Abs. 2 (§. 325 Ziff. 3), sondern auch bezüglich des in §. 260 Abs. 1 behandelten Entlastungsbeschlusses (oben Anm. V b 2; vgl. R.G. §. 368, Bolze Bd. 12 Nr. 187; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 105). — So lange die persönlich haftenden Gesellschafter und die Generalversammlung sich nicht über die Bilanz einigen, darf auch den persönlich haftenden Gesellschaftern kein Gewinnanteil gutgeschrieben und mithin von ihnen auch nichts in Anrechnung auf einen solchen Gewinnanteil ent-

nommen werden (Cosack §. 123 VI 3b, Staub 7. Aufl. Anm. 100). Die Streitfrage ist im Wege des Rechtsstreits gemäß §. 328 Abs. 2 auszutragen; vorbereitend kann auch die Anfechtung des diesbezüglichen Generalversammlungsbeschlusses gemäß §§. 271 ff. (325 Ziff. 4) in Betracht kommen (Neukamp Z.f.H. Bd 48 S. 486, Staub 7. Aufl. S. 971 Note 1).

31. §. 261 H.G.B. Aufstellung der Bilanz. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Vgl. oben Anm. VI b 11.

32. §. 262 H.G.B. Reservefonds. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der zusätzlichen Bestimmung in §. 329 Abs. 2. Vgl. §. 329 Anm. II b 2.

33. §. 263 H.G.B. Auslegung der Bilanzvorlagen, Abschrift. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

34. §. 264 H.G.B. Vertagung der Verhandlung über Bilanzgenehmigung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). An sich würde man allerdings möglicherweise aus §. 320 Abs. 2 schließen können, daß §. 264 nicht anwendbar sei, weil darin eine Geschäftsführungshandlung der Kommanditisten anerkannt ist, welche sich bei der gewöhnlichen K.G. nicht wiederfindet. Da aber auch die Bilanzgenehmigung (§. 260 Abs. 1) eine Geschäftsführungshandlung ist, auf diese aber §. 320 Abs. 3 und nicht §. 320 Abs. 2 Anwendung finden soll, wie aus §. 325 Ziff. 3 hervorgeht, so wird auch der §. 264, da er mit jenem Bilanzgenehmigungsrecht zusammenhängt, für die K.A.G. zur Anwendung zu bringen sein. Aus denselben Gründen, und weil ein Minderheitsverlangen kein Beschluß (§. 268 Anm. III b), ist für das Verlangen der Minderheit aus §. 264 keine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. erforderlich, trotzdem §. 264 nicht in §. 327 Abs. 3 erwähnt ist. Ist aber für das Verlangen der Minderheit keine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich, so kann umsoweniger für einen diesbezüglichen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung jene Zustimmung erforderlich sein; mithin liegt ein Fall notwendiger Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zum Generalversammlungsbeschluß (§. 327 Abs. 2) hier nicht vor.

35. §. 265 H.G.B. Bekanntmachung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, Einreichung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 3, 1).

36. §§. 266, 267 H.G.B. Revisoren Anwendbar (§. 320 Abs. 3), wobei an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§. 325 Ziff. 5). Eine Zustimmung der letzteren zur Ausübung der diesbezüglichen Befugnisse der Generalversammlung oder der Minderheit ist nicht erforderlich (§. 327 Abs. 3).

37. §§. 268—270 H.G.B. Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründung oder Geschäftsführung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3), wobei an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§. 325 Ziff. 7). Eine Zustimmung der letzteren zur Ausübung der diesbezüglichen Befugnisse der Generalversammlung oder der Minderheit ist nicht erforderlich (§. 327 Abs. 3). Die Ersatzansprüche sind nicht Forderungen der Kommanditistengesamtheit, sondern Forderungen der Gesellschaft und daher im Namen der letzteren zu verfolgen (Denkschr. 178).

38. §§. 271—273 H.G.B. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes in §. 271 Abs. 4, §. 272 Abs. 4 die persönlich haftenden Gesellschafter (§. 325 Ziff. 4) in geschäftsführungsbefugter Zusammensetzung (§. 115) treten (abweichend Staub 7. Aufl. Anm. 106), an die Stelle des Vorstandes in §. 272 Abs. 1, §. 272 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter (§. 325 Ziff. 4, 1) in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 108 Anm. I; vgl. §. 234

Anm. II c) an die Stelle der Vorstandsmitglieder in §. 271 Abs. 4 die einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter (§. 325 Anm. II). Über Rechtsstreite der persönlich haftenden Gesellschafter gegen die Kommanditistengesamtheit vgl. §. 328 Abs. 2. Verletzt der Generalversammlungsbeschluß ein Sonderrecht eines persönlich haftenden Gesellschafters, so ist dieser nicht auf das Rechtsmittel der §§. 271—273 beschränkt (§. 273 Anm. II b 4; vgl. Staub 7. Aufl. S. 971 Note 1).

k. **Abänderungen der Satzung.** Vgl. oben Anm. V c 11.

1. **§§. 274—276 H.G.B.** Satzungsänderungsbeschluß. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (oben Anm. V c 11).
2. **§. 277 H.G.B.** Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung des Satzungsänderungsbeschlusses. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§. 325 Ziff. 1), und daß auch bei Abänderung der in §. 323 Abs. 4 bezeichneten Angaben die Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden nicht genügt.
3. **§. 278 H.G.B.** **Erhöhung des Grundkapitals.** Erhöhungsbeschluß. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für den Erhöhungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2). — Über Erhöhung des Einlageversprechens oder des Kapitalanteils der persönlich haftenden Gesellschafter vgl. §. 322 Anm. III d.
4. **§. 279 H.G.B.** Nichtbareinlagen auf das erhöhte Grundkapital. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Zu dem in §. 279 angeführten §. 207 vgl. auch §. 324.
5. **§. 280 H.G.B.** Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 1).
6. **§. 281 H.G.B.** Zeichnung der neuen Grundkapitalanteile. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß (entsprechend dem §. 323 Abs. 1) auch Name, Stand und Wohnort der persönlich haftenden Gesellschafter im Zeichnungsschein anzugeben ist (§. 323 Anm. I).
7. **§. 282 H.G.B.** Bezugsrecht der Aktionäre. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß (wenngleich dies nicht ausdrücklich vorgesehen) an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (oben Anm. V b 2).
8. **§. 283 H.G.B.** Zusicherung von Bezugsrechten. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
9. **§. 284 H.G.B.** Anmeldung des Erfolgtseins der Erhöhung; Bekanntmachung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß in Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 1) und daß an die Stelle des in Abs. 3 angezogenen §. 195 Abs. 3 der letztere §. mit der Maßgabe in §. 323 Abs. 2 tritt.
10. **§. 285 H.G.B.** Verbindung der Anmeldungen und Eintragungen des Erhöhungsbeschlusses und des Erfolgtseins der Erhöhung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
11. **§. 286 H.G.B.** Zweigregister. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten (§. 325 Ziff. 1).
12. **§. 287 H.G.B.** Beschränkungen vor Eintragung des Erfolgtseins der Erhöhung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).
13. **§. 288 H.G.B.** **Herabsetzungs**beschluß. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß für den Herabsetzungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2). — Über Herabsetzung des

Einlageversprechens und Rückzahlung von Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter vgl. §. 322 Anm. III d.

14. **§. 289 H.G.B.** Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses; Sicherung der Gläubiger. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Vorstandsmitglieder (§. 325 Anm. II) und des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 1, 6).

15. **§. 290 H.G.B.** Kraftloserklärung behufs Ausführung der Herabsetzung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Über die Frage, ob die persönlich haftenden Gesellschafter eines Generalversammlungsbeschlusses bedürfen, um das Verfahren gemäß §. 290 zur Anwendung zu bringen, vgl. oben Anm. VI h 9.

16. **§. 291 H.G.B.** Anmeldung des Erfolgtseins der Herabsetzung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. treten (§. 325 Ziff. 1).

l. **Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft; Liquidation.** Über die Anwendbarkeit auf die K.A.G. vgl. oben Anm. V c 12, 14, 15.

1. **§. 292 H.G.B.** Auflösungsgründe. Nicht anwendbar (§. 330 Abs. 1). Vgl. oben Anm. VI d 1.

2. **§. 293 H.G.B.** Anmeldung der Auflösung. Anwendbar (Denkschr. 180; vgl. §. 330 Anm. IV) mit der Maßgabe in §. 330 Abs. 5.

3. **§. 294 H.G.B.** Notwendigkeit der Liquidation; Rechtsverhältnisse während der Liquidation. Der §. 294 Abs. 1 ist anwendbar (§. 320 Abs. 3, Denkschr. 180). Der §. 294 Abs. 2 ist anwendbar (§. 320 Abs. 3) in demselben Umfange, in welchem vor Eintritt der Liquidation die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft maßgebend sind. Im übrigen vgl. §. 156 (oben Anm. VI d 20).

4. **§. 295 H.G.B.** Liquidatoren. Vgl. §. 331 Anm. II, III. Der §. 295 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch §. 331 Abs. 1 und die etwa anzuwendenden Teile des §. 146 (oben Anm. VI d 16). Der §. 295 Abs. 2, 3 anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe in §. 331 Abs. 2. Über die Frage, ob neben §. 295 Abs. 3 auch §. 147 Halbs. 1 anwendbar, vgl. §. 331 Anm. III b.

5. **§. 296 H.G.B.** Anmeldung der Liquidatoren, Eintragung, Zeichnung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Vorstands die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 325 Anm. V) treten (§. 325 Ziff. 1). Über die Frage, ob und in welcher Weise daneben §. 148 Abs. 1 Satz 3 anwendbar, vgl. oben Anm. VI d 17.

6. **§. 297 H.G.B.** Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger. Anwendbar (§. 320 Abs. 3); vgl. jedoch oben Anm. V c 14.

7. **§. 298 H.G.B.** Geschäftsführung und Vertretung durch die Liquidatoren. Der §. 298 wird wohl für in allen Punkten voll anwendbar zu erachten sein, namentlich auch darin, daß auf die Liquidatoren und insbesondere deren Geschäftsbefugnis und Vertretungsmacht in der That (mit den in §. 298 bestimmten Maßgaben) die Vorschriften über den Vorstand einer A.G. und nicht die Vorschriften über die persönlich haftenden Gesellschafter zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. Der §. 320 Abs. 2 steht nicht entgegen, da die früheren persönlich haftenden Gesellschafter jetzt nicht mehr als solche, vielmehr nur noch als Liquidatoren auftreten. Wollte man bezüglich derjenigen Liquidatoren, welche früher persönlich haftende Gesellschafter waren, das Gegenteil annehmen so würden sich Unterschiede zwischen ihnen und den von der Generalversammlung Gewählten ergeben.

8. **§. 299 H.G.B.** Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Entlastung, Revisoren. Anwendbar (vgl. vorstehend zu 7).

9. **§. 300 H.G.B.** Verteilung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Beschränkung auf das Auseinandersetzungsguthaben der Kommanditistengesamtheit. Vgl. oben Anm. V c 14.

10. **§. 301 H.G.B.** Sperrzeit. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Beschränkung auf das Auseinandersetzungsguthaben der Kommanditistengesamtheit. Vgl. oben Anm. V c 14.

11. **§. 302 H.G.B.** Beendigte Liquidation. Der §. 302 Abs. 1, 3 und 4 anwendbar (§. 320 Abs. 3). Neben §. 302 Abs. 3 gilt auch §. 157 Abs. 3. Beteiligter im Sinne des §. 302 Abs. 4 ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter (vgl. §. 331 Abs. 2). Über die Frage, ob statt §. 302 Abs. 2 der §. 157 Abs. 2 zur Anwendung kommt, vgl. oben Anm. VI d 21.

12. **§. 303 H.G.B.** Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3); doch ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich (§. 327 Abs. 2). Die in §. 303 Abs. 3 angeführten Vorschriften der §§. 294—302 kommen außer mit der daselbst angegebenen Maßgabe auch nur in der Form zur Anwendung, wie sie überhaupt bei der K.A.G. zur Anwendung kommen (vorstehend zu 3—11).

13. **§. 304 H.G.B.** Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen an deutsche staatliche Körperschaft. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2) und daß bei Anwendung des §. 324 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung an die Stelle des Vorstandes treten (§. 325 Ziff. 1).

14. **§. 305 H.G.B.** Übertragung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes an eine A.G. oder K.A.G. gegen Aktiengewährung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3, 305 Anm. I c, Denkschr. 181).

15. **§. 306 H.G.B.** Ausschluß der Liquidation bei Übertragung des Gesellschaftsvermögens an eine A.G. oder K.A.G. gegen Aktiengewährung. Anwendbar (§. 320 Abs. 3, Denkschr. 181). Im Falle der entsprechenden Anwendung des §. 306 erlischt die bisherige K.A.G., ihre Rechtspersönlichkeit geht vollständig unter, und nur bezüglich ihres Vermögens tritt Gesamtnachfolge ein. Daneben ist durch die Bestimmungen der §§. 332—334 die Möglichkeit eröffnet, die bisherige Rechtspersönlichkeit zu erhalten und ohne Untergang derselben die bisherige K.A.G. in eine A.G. umzuwandeln. Der K.A.G. steht frei, welchen von diesen Wegen sie wählen will.

16. **§. 307 H.G.B.** Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß zu dem Fortsetzungsbeschluß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist (§. 327 Abs. 2), und daß bei Anwendung des §. 307 Abs. 3 die persönlich haftenden Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 325 Anm. V) an die Stelle des Vorstandes treten (§. 325 Ziff. 1)

17. **§. 308 H.G.B.** Anfechtung des Übertragungsbeschlusses. Anwendbar (§. 320 Abs. 3).

18. **§. 309 H.G.B.** Nichtigkeitsklage. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß die Nichtigkeitsklage des §. 309 auch dann zulässig ist, wenn die in §. 322 Abs. 1 vorgesehene Satzungsbestimmung nichtig ist. Was §. 309 von den „Gesellschaftern" bestimmt, findet auf die Kommanditisten Anwendung, was in §. 309 und in §§. 272, 273 bezüglich des „Vorstandes" oder der „Vorstandsmitglieder" gesagt ist, findet auf die persönlich haftenden Gesellschafter Anwendung (§. 355 Ziff. 1, 4; vgl. oben Anm. VI i 38).

19. **§. 310 H.G.B.** Heilung von Satzungsmängeln. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß an die Stelle eines Mangels betreffs Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstandes ein Mangel betreffs der in §. 322 Abs. 1 vorgesehenen Satzungsbestimmung tritt. Der Heilungsbeschluß bedarf der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§. 327 Abs. 2).
20. **§. 311 H.G.B.** Rechtsverhältnisse der nichtigen Gesellschaft. Anwendbar (§. 320 Abs. 3). Der §. 311 Abs. 3 wird auch auf die von den persönlich haftenden Gesellschaftern versprochenen Einlagen entsprechend anzuwenden sein.

m. **Strafvorschriften.** Vgl. oben Anm. V c 17.

1. **§§. 312–318 H.G.B.** Strafbare Handlungen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit der Maßgabe, daß soweit darin eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern (§. 325 Anm. II) erwähnt ist, die betreffenden Vorschriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. entsprechende Anwendung finden (§. 325 Ziff. 9).
2. **§. 319 H.G.B.** Ordnungsstrafen. Anwendbar (§. 320 Abs. 3) mit derselben Maßgabe wie vorstehend zu 1 (§. 325 Ziff. 9, G.fr.Ger. §. 132).

VII. **Anwendbarkeit der Vorschriften des H.G.B. auf ältere Kommanditaktiengesellschaften.** Vgl. Buch II Abschn. 3 Vorbem. III. Als Wille des Gesetzgebers ist in Denkschr. 304 im Anschluß an die Erwähnung der Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften ausgesprochen, es sei im allgemeinen davon auszugehen, „daß die neuen aktienrechtlichen Vorschriften auch auf die bestehenden Gesellschaften Anwendung finden." Aus den neuen aktienrechtlichen Vorschriften folgt aber die Eigenschaft der K.A.G. als juristische Person (oben Anm. II); mithin sind, wenn man dem obigen Satze der Denkschrift — allerdings ohne diesbezüglichen Anhalt im Gesetz — folgt, für die Zeit seit 1. Januar 1900 auch die bereits früher entstandenen K.A.Gen. als juristische Personen anzusehen, gleichgiltig wie man für das frühere Recht die Streitfrage (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 2) beantwortet, ob die damaligen K.A.Gen. juristische Personen waren. Wird dies aber zugegeben, so wird man weiter zu der Ansicht gedrängt, daß nicht nur (was Cosack §. 135 I 11 d annimmt) die eigentlich „aktienrechtlichen" Vorschriften des neuen Rechts, also namentlich diejenigen betreffend die Beziehungen der Kommanditisten zur Gesellschaft und zu Dritten, sondern auch alle übrigen Vorschriften des neuen Rechts, insbesondere auch diejenigen betreffend die Beziehungen der persönlich haftenden Gesellschafter zu einander und zu den Kommanditisten, auf die bestehenden K.A.Gen. anwendbar sind (so Staub 7. Aufl. Anm. 116). Denn wenn die früheren K.A.Gen. juristische Personen waren, so folgt die Anwendbarkeit des neuen Rechts aus E.G. z. B.G. Art. 163 (H.G.B. Buch II Abschn. 3 Vorbem. III). Waren sie nicht juristische Personen, so würden zwar, wenn sie es künftig gleichfalls nicht wären, die vertragergänzenden Vorschriften des früheren Rechts anwendbar bleiben (§. 109 Anm. V); da sie aber jedenfalls für die Zukunft juristische Personen sind, so tritt eine so tiefgreifende Umformung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ein, daß damit die Fortgeltung der früheren vertragergänzenden Bestimmungen unvereinbar ist. — Für gewisse einzelne Rechtsverhältnisse sind jedoch die früheren Bestimmungen ausdrücklich aufrecht erhalten; vgl. Ges. v. 18. Juli 1884 §§. 2 ff. (Bd. III S. 33), E.G. z. H.G.B. Art. 22 ff. (Bd. III S. 25).

II. Gründung (§§. 321—324).

§. 321. Feststellung der Satzung. Gründer.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. Die persönlich

haftenden Gesellschafter müssen sich sämmtlich bei der Feststellung betheiligen; außer ihnen können nur Personen mitwirken, die als Kommanditisten Aktien übernehmen. In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Betheiligten übernommenen Aktien anzugeben.

Die Gesellschafter, welche den Inhalt des Gesellschaftsvertrags festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

A.D.H. Art. 175 Abs. 1 u. a. **Entw. I** §. 293. **Entw. II** §. 312.

§. 321.

I. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. §. 182 Anm. I, §. 320 Anm. V c 11.

II. **Einlagen.** Über die Unterscheidung im Gebrauch der Worte „Vermögenseinlage" und „Einlage" vgl. §. 211 Anm. II.

a. **Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter.** Vgl. §. 111 Anm. I a, §161 Anm. I c 3. Nicht erforderlich ist, daß die persönlich haftenden Gesellschafter überhaupt Vermögenseinlagen versprechen (ebenso Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 5 Ziff. 2, §. 322 Anm. 2, Pinner §. 320 Anm. II). Hierauf deutet auch die Vermeidung des bestimmten Artikels: „Vermögenseinlagen", nicht „die Vermögenseinlagen". Auch daß sie, wenngleich keine Vermögenseinlage, doch andersartige Beiträge versprechen, ist nicht erforderlich; denn das Beitragsversprechen ist zwar wesentlich für die Eigenschaft als Gesellschafter im Sinne des B.G. (B.G. §. 705, H.G.B. §. 105 Abs. 2, 161 Abs. 2, Planck B.G. §. 706 Anm. 1), der „persönlich haftende Gesellschafter" der K.A.G. ist aber nicht Gesellschafter, sondern Vereinsmitglied (§. 320 Anm. IV). — Zulässig ist, daß persönlich haftende Gesellschafter Grundkapitalanteile („Aktien") übernehmen, sei es ursprünglich, sei es durch späteren Erwerb von Anteilrechten; thun sie es, so sind sie zwar nicht auch „Kommanditisten" (§. 320 Anm. I b); doch finden auf sie insoweit die für Aktionäre geltenden Vorschriften Anwendung (§. 320 Abs. 3), nur daß ihnen das Stimmrecht in der Generalversammlung versagt ist (§. 327 Abs. 1). Über die Frage, ob es zulässig ist, daß die persönlich haftenden Gesellschafter alle Grundkapitalanteile ursprünglich übernehmen oder später erwerben, vgl. §. 320 Anm. I b. — Nicht in das H.G.B. übernommen sind die Vorschriften, welche sich auf den im A.D.H. festgesetzten Mindestbetrag der Kapitalbeteiligung der persönlich haftenden Gesellschafter und die Unzulässigkeit von Verfügungen über die betreffenden Kapitalanteile bezogen (Denkschr. 175).

b. **Einlagen der Kommanditisten.** Vgl. §. 182 Anm. II, §. 211 Anm. II. Die Einlageversprechen der Kommanditisten können sowohl im Wege der Gleichgründung, wie auch im Wege der Stufengründung beschafft werden (§. 320 Anm. V c 1).

III. **Feststellung der Satzung.** Vgl. §. 182 Anm. III. Die Vorschrift des §. 321 Abs. 1 unterscheidet sich von derjenigen in §. 182 Abs. 1 darin, daß die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter bei der Feststellung mitwirken können und daß auch sie bei Berechnung der vorgeschriebenen Fünfzahl mitzählen. Wirken daher mindestens fünf persönlich haftende Gesellschafter mit, so ist eine Mitwirkung von Grundkapitalanteil-Übernehmern an sich nicht erforderlich (vgl. Denkschr. 176); über die Frage, ob als Voraussetzung für die Eintragung erforderlich ist, daß demnächst noch ein anderer als ein persönlich haftender Gesellschafter Kommanditanteile übernimmt (sei es als Nichtbareinleger gemäß §. 188 Abs. 2, sei es als Zeichner), vgl. §. 320 Anm. I b. — In §. 321 Abs. 1 Satz 2 ist nicht wie in §. 182 Abs. 1 erwähnt, daß, wenn verschiedene Gattungen von „Aktien" ausgegeben werden, auch die Gattung der von jedem Beteiligten übernommenen Aktien anzugeben sei. Dies beruht darauf, daß die betreffende Bestimmung in §. 182 erst durch die Reichstagskommission eingeschoben und eine entsprechende Einschiebung in §. 321 an-

scheinend vergessen ist. Bei der K.A.G. wird daher die Angabe der übernommenen Aktiengattung nicht verlangt werden können (dagegen Rudorff, Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 23). Hierdurch ist allerdings wieder einer jener unnötigen kleinen Unterschiede zwischen A.G. und K.A.G. eingeführt, welche nach Denkschr. 174 bei der neuen Regelung vermieden werden sollten. — Auch der Betrag der von den persönlich haftenden Gesellschaftern zur Zeit der Satzungsfeststellung etwa bereits übernommenen Grundkapitalanteile ist anzugeben (§. 321 Abs. 1 Satz 3: „Beteiligten"; Pinner Anm. I 3). Hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Übernahme erst nachträglich geschieht, sei es in einer Nachtragsverhandlung (§. 188 Abs. 2, Denkschr. 176), sei es durch Zeichnung (§. 188 Anm. III a).

IV. **Gründer.** Vgl. §. 187 Anm. Da nach §. 321 Abs. 1 die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter sich bei der Feststellung beteiligen müssen, und nach §. 321 alle Personen, welche sich bei der Feststellung beteiligen, Gründer sind, so ergiebt sich, daß stets sämtliche zur Zeit der Satzungsfeststellung (bezw. Entstehung der Gesellschaft) vorhandene persönlich haftende Gesellschafter Gründer der K.A.G. sind. Hieraus folgt dann unter anderem, daß bei der K.A.G. stets eine Revision durch besondere Revisoren erforderlich ist (§. 320 Anm. VI g 15). Außer den persönlich haftenden Gesellschaftern sind Gründer diejenigen Kommanditisten, welche sich etwa gleichfalls bei Feststellung der Satzung beteiligt haben oder welche Nichtbareinlagen (§. 186 Anm. II a) versprochen haben.

§. 322. **Inhalt der Satzung.**

Der Gesellschaftsvertrag muß außer den im §. 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5, 6 vorgesehenen Festsetzungen den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten.

Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter müssen, sofern sie nicht auf das Grundkapital erfolgen, nach Höhe und Art im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Die Vorschrift des §. 186 Abs. 1 findet auf alle zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vortheile Anwendung.

A.D.H. Art. 175 Abs. 2, 175b Abs. 1. **Entw. I** §. 294. **Entw. II** §. 313.

§. 322.

I. **Notwendiger Inhalt jeder Satzung (Abs. 1).** Vgl. §. 182 Anm. IV. Die in §. 322 Abs. 1 bestimmte Abweichung von dem für die A.G. maßgebenden §. 182 Abs. 2 besteht darin, daß die Satzung der K.A.G. nicht zu enthalten hat die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, dagegen den Vornamen, Familiennamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters. Das Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter enthält indessen keine Satzungsänderung (§. 320 Anm. V c 13); vielmehr gelten hierfür besondere Vorschriften (§. 330). Entsprechend ist wohl auch im Fall der durch Satzung bestimmten Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben das Eintreten der Erben (§. 139 Anm. IV a, §. 320 Anm. VI e 9) nicht an die Beobachtung der Vorschriften über Satzungsänderungen gebunden. Anders aber in anderen Fällen einer Aufnahme neuer persönlich haftender Gesellschafter (vgl. Denkschr. 177). Satzungsbestimmungen älterer K.A.Gen., in denen die Aufnahme neuer persönlich haftender Gesellschafter in anderer Form als durch Satzungsänderung zugelassen ist, verlieren daher ihre Kraft (§. 320 Anm. VII).

II. **Bestimmungen, welche freiwillig sind, aber — wenn überhaupt — nur in der Satzung getroffen werden können.** Vgl. §. 182 Anm. V. Hierzu gehören unter anderen die in §. 322 Abs. 2 und 3 Erwähnten, erstere allerdings nur insoweit die

erstmalige Festsetzung in Betracht kommt. Außerdem kommen zu den für die A.G. in §. 182 Anm. V aufgezählten Bestimmungen, soweit diese für die K.A.G. anwendbar sind, noch diejenigen hinzu (§. 320 Anm. V c 11), welche sich aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft ergeben (vgl. z. B. §§. 125, 138 ff.).

III. **Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter (Abs. 2).**

a. **Einlagen.** Vgl. §. 321 Anm. II a. Von der Einlage zu unterscheiden ist der jeweilige Betrag des Kapitalkontos (§. 120 Anm. II).

b. **„Sofern sie nicht auf das Grundkapital erfolgen".** Die Fassung ist nicht ganz genau. In der Satzung sind nur diejenigen etwaigen Vermögenseinlagen anzugeben, welche seitens der persönlich haftenden Gesellschafter als solcher, nicht als Gegenleistung für den Erwerb von Kommandit-Anteilrechten versprochen werden. Nicht in die Satzung aufzunehmen sind daher diejenigen Vermögenseinlagen, welche von den persönlich haftenden Gesellschaftern, wenngleich nicht „auf das Grundkapital", so doch in Ansehung der Kommanditanteilrechte versprochen werden; so bei Zusage eines den Nennwert des Grundkapitalanteils übersteigenden Ausgabebetrages oder einer an dem Kommandit-Anteilrecht haftenden wiederkehrenden Leistung (vgl. §. 211 Anm. II).

c. **„Nach Höhe und Art".** Soweit Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung anzugeben sind, ist nicht nur deren Höhe, sondern auch deren Art festzusetzen, also ob sie bar oder in welcher sonstigen Weise zu leisten sind.

d. **Spätere Änderung von Einlagen.** Aus §. 322 Abs. 2 wird man wohl zu schließen haben, daß jede spätere Herabsetzung oder Erhöhung oder sonstige Änderung des Einlageversprechens nur in den Formen einer Satzungsänderung erfolgen kann. Anders nur bei Fortfall des Einlageversprechens durch Ausscheiden des betreffenden persönlich haftenden Gesellschafters (§. 320 Anm. V c 13) oder bei anteiliger Übernahme des Einlageversprechens seitens der Miterben eines verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters gemäß vorheriger Satzungsbestimmung (§. 139). — Die Änderungen im Betrage des Kapitalkontos enthalten keine Satzungsänderung, wie ja auch nicht bestimmt ist, daß der Betrag der ursprünglichen Einzahlung Aufnahme in die Satzung finden soll. Mithin darf z. B. die Rückzahlung geleisteter Einlagen (ohne Zusammenhang mit einer Änderung der Höhe des Einlageversprechens) auch ohne Satzungsänderung erfolgen (dagegen Cosack §. 123 X 3 a, Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 110), wenn die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und mit gewöhnlichem Mehrheitsbeschluß die Generalversammlung zustimmen (§. 329 Anm. II a); ebenso die freiwillige Mehreinlegung über den Betrag der versprochenen Einlage hinaus (dagegen Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 108), wenn die Mehreinlegung auch für die Zukunft eine freiwillige bleibt, also nicht mit einer Erhöhung des bindenden Einlageversprechens verknüpft ist.

IV. **Besondere Vorteile zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters (Abs. 3).** Der §. 322 Abs. 3 verfolgte nur den Zweck, die in §. 186 Abs. 1 enthaltene Vorschrift trotz ihrer Beschränkung auf „Aktionäre" auch anwendbar auf persönlich haftende Gesellschafter zu machen. Neben dem §. 186 Abs. 1 mit der Erweiterung des §. 322 Abs. 3 gilt daher auch für die K.A.G. der §. 186 Abs. 3. — Besonderer Vorteil ist jede nicht an den etwa übernommenen Kommandit-Anteilrechten haftende (§. 186 Anm. I a), den betreffenden Gesellschafter bevorzugende Abweichung von den gesetzlichen Regeln. So z. B. die Zusicherung eines festen oder eines das angemessene Verhältnis (§. 168) übersteigenden Gewinnanteils (Staub 7. Aufl. Anm. 3, Pinner Anm. III). Über die Frage, ob §. 186 Abs. 1 auch auf die Zeit nach Gründung anzuwenden, vgl. §. 186 Anm. I a.

§. 323.

Zeichnungsschein. Anmeldung. Errichtungsversammlung. Eintragung.

Zeichnungsscheine haben außer den im §. 189 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung derjenigen Gründer zu enthalten, welche persönlich haftende Gesellschafter sind.

In der mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nach §. 195 Abs. 3 Satz 1 zu verbindenden Erklärung ist in Ansehung der durch Baarzahlung zu leistenden Einlagen anzugeben, daß der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter ist.

Zur Theilnahme an der im §. 196 bezeichneten Verhandlung sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt. Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil der in dem Verzeichniß aufgeführten Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des nicht von den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommenen Grundkapitals darstellen.

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind statt der Mitglieder des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben. Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

A.D.H. Art. 175c, 175f, 176. **Entw. I** §. 295. **Entw. II** §. 314.

§. 323.

I. **Zeichnungsscheine (Abs. 1).** Der §. 323 Abs. 1 soll nur klarstellen, daß bei der (in §. 320 Abs. 3 vorgeschriebenen) Anwendung des §. 189 in dessen Abs. 3 Ziff. 2 unter „Gründer" alle diejenigen Personen zu verstehen sind, welche nach den für die Kommanditaktiengesellschaft geltenden Vorschriften (§. 321 Abs. 2) Gründer sind. Die „Bezeichnung" (§. 323 Abs. 1) der persönlich haftenden Gesellschafter hat mithin nach „Namen, Stand und Wohnort" (§. 189 Abs. 3 Ziff. 2) zu geschehen. Der §. 323 Abs. 1 bezieht sich zwar, wie aus der Bezugnahme nur auf §. 189, dem Zusammenhang mit §. 323 Abs. 2—4 und aus der Erwähnung der persönlich haftenden Gesellschafter nur in ihrer Eigenschaft als Gründer hervorgeht, zunächst nur auf Zeichnungsscheine bei Gründung, ist jedoch entsprechend auch auf Zeichnungsscheine bei Erhöhung des Grundkapitals anzuwenden.

II. **Versicherung über Einzahlung der Baareinlagen (Abs. 2).** Vergl. §. 195 Anm. I e 2. In der durch §. 195 Absatz 3 Satz 1 (§. 320 Abs. 3) vorgeschriebenen Erklärung ersetzt der §. 323 Abs. 2 die Worte „im Besitze des Vorstandes" durch die Worte „im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter". Etwas Weitergehendes ist wohl nicht beabsichtigt; der §. 323 Abs. 2 soll sich wohl nicht auch auf Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter als solcher beziehen. Hierfür spricht der Gebrauch der Worte „Einlage" (nicht „Vermögenseinlage"; §. 211 Anm. II) und „einfordern", ferner die Erwägung, daß nur das (dem Grundkapital der Kommanditisten entsprechende) Grundvermögen, nicht auch (außer in den Fällen der §§. 240 Abs. 2, 329 Abs. 1) der den Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Teil des Gesellschaftsvermögens dem Verbot der Rückgewährung unterliegt (§. 329 Anm. II a).

III. **Errichtungsversammlung bei Stufengründung** (**Abs. 3**).

a. **Berufer und Leiter.** Auch bei der K.A.G. wird — im Gegensatz zum früheren Recht — die Errichtungsversammlung durch das Gericht berufen und geleitet.

b. **Teilnahme der persönlich haftenden Gesellschafter.** Der §. 323 Abs. 3 Satz 1 bestimmt nach Denkschr. 176 „zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich, daß an dieser Versammlung die persönlich haftenden Gesellschafter ebenfalls teilnehmen, wenngleich sie kein Stimmrecht haben und der Konstituirung, sofern die Versammlung nicht zugleich Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschließt, nicht mehr widersprechen können." Bezüglich Nichtanerkennung eines Widerspruchrechts ebenso M. 198, Staub 7. Aufl. Anm. 3, Rudorff; dagegen Pinner Anm. 3, für das frühere Recht auch Ring Art. 175 f Anm. 1, H. Makower 11. Aufl. Art. 175 f Anm. 16 a. Im Verhältnis nach außen (zum Registergericht) folgt das Recht jedes persönlichen Gesellschafters, bis zur Beschlußfassung seine Unterzeichnung der Anmeldung zurückzuziehen, aus §. 196 Abs. 3 Satz 2, §. 325 Ziff. 1 (vgl. auch §. 327 Abs. 2, 4); ob im Verhältnis nach innen, gegenüber der in Errichtung begriffenen Gesellschaft, den anderen persönlich haftenden Gesellschaftern und der Kommanditistengesamtheit im Einzelfall ein Recht zur Rücknahme der Beitrittserklärung zusteht, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, wobei allerdings zweifelhaft ist, ob gemäß §. 320 Abs. 2 die Regeln der Kommanditgesellschaft oder mit Rücksicht auf die Eigenschaft der K.A.G. als Verein die Regeln über Beitrittserklärungen zu Vereinen (vgl. §. 182 Anm II zur Anwendung kommen (§. 320 Anm. V c 4—6).

c. **Erfordernisse der Beschlußfassung.** Unter dem in §. 323 Abs. 3 Satz 2 erwähnten Verzeichnis ist das gemäß §. 195 Abs. 2 Ziff. 3 einzureichende verstanden. In diesem Verzeichnis ist jeder aufzuführen, der Grundkapitalanteile („Aktien") zeichnet, also auch die persönlich haftenden Gesellschafter, insoweit sie Grundkapitalanteile zeichnen. Der §. 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 fordert, daß mindestens ein Viertel der im Verzeichnis aufgeführten „Kommanditisten" zustimmt, wobei unter „Kommanditisten" nur diejenigen Übernehmer von Grundkapitalanteilen verstanden sind, welche nicht zugleich persönlich haftende Gesellschafter sind (§. 327 Abs. 1, §. 320 Anm. I b, Denkschr. 176). Entsprechend ist in §. 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 der erforderliche Betrag des durch die Zustimmenden vertretenen Teiles des Grundkapitals berechnet durch Festsetzung eines dem §. 196 Abs. 4 entsprechenden Bruchteils desjenigen Teiles des Grundkapitals, der von anderen Personen als den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommen ist. Diese Berechnungsweisen sind gewählt, weil anderenfalls (wegen der Bestimmung des §. 327 Abs. 1) das Aufbringen der erforderlichen Mehrheiten nicht selten von vornherein unmöglich wäre (Denkschr. 176). Es ist wohl beabsichtigt, daß §. 323 Abs. 3 Satz 2 an Stelle nur des §. 196 Abs. 4 Satz 1, nicht auch des §. 196 Abs. 4 Satz 2 tritt, so daß letztere Bestimmung auch bei der K.A.G. entsprechend auf die in §. 323 Abs. 3 Satz 2 bestimmte Mehrheit Anwendung findet.

IV. **Einzutragende Thatsachen** (**Abs. 4**). Der §. 323 Abs. 4 ändert den §. 198 dahin ab, daß an die Stelle der in letzterem erwähnten Mitglieder des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Im übrigen bleiben die Bestimmungen des §. 198 unberührt. Aus §. 323 Abs. 4 ist nichts darüber zu entnehmen, ob eine Anmeldung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist. Für die erstmalige Eintragung der Gesellschaft, auf welche allein §. 323 Abs. 4 sich bezieht, ist eine besondere Anmeldung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht erforderlich, da auch eine besondere Anmeldung der ersten Vorstandsmitglieder bei der A.G. nicht stattfindet (vgl. §. 195 Abs. 2 Ziff. 4), und die Personen der persönlich haftenden Gesellschafter aus der bei Anmeldung der Gesellschaft zu überreichenden (§. 195 Abs. 2 Ziff. 1) Satzung hervorgehen (§. 322 Abs. 1).

§. 324. **Nachgründung.**

Für den im §. 207 bezeichneten Beschluß der Generalversammlung bedarf es, wenn sich der Beschluß auf einen im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossenen Vertrag bezieht, einer Mehrheit, deren Antheile mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter entfallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. Die Vorschrift des §. 207 Abs. 3 Satz 1 bleibt unberührt.

A.D.H. Art. 180 e. **Entw. I** §. 296. **Entw. II** §. 315.

§. 324.

Der §. 324 will nur den §. 207 Abs. 3 Satz 2 ändern; alle übrigen Bestimmungen des §. 207 werden durch §. 324 nicht berührt. Die in §. 324 Satz 1 enthaltene Abweichung entspricht der in §. 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 bestimmten und ist hier ebenso wie dort vorgeschrieben, weil bei anderer Berechnungsweise ein gültiger Beschluß in vielen Fällen von vornherein unmöglich wäre (Denkschr. 176). Der §. 207 Abs. 3 Satz 1, wenngleich er förmlich unberührt bleibt (§. 324 Satz 2), wirkt vermöge seiner Wortfassung dennoch für die K.A.G. sachlich anders als für die A.G., da bei ersterer nur diejenigen Teile des Grundkapitals „bei der Beschlußfassung vertreten" sein können, welche nicht in Händen von persönlich haftenden Gesellschaftern sind (§. 327 Abs. 1); der §. 207 Abs. 3 Satz 1 (§. 324 Satz 2) entspricht daher — abgesehen von der in Betracht kommenden Zahl — dem §. 323 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 trotz dessen verschiedener Fassung.

Bei Anwendung des §. 324 Satz 1 wird von der Annahme ausgegangen werden müssen, daß alle Kommandit-Anteilrechte („Aktien"), von denen das Gegenteil sich nicht feststellen läßt, einem persönlich haftenden Gesellschafter gehören.

III. Verfassung und Geschäftsführung (§§. 325—329).

§. 325.

Vorschriften betr. den Vorstand der A.G.

Die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften:

1. über die Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister,
2. über die Berufung der Generalversammlung,
3. über die Aufstellung, Vorlegung und Veröffentlichung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie über die Vorlegung des Geschäftsberichts,
4. über die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung,
5. über das Verfahren im Falle der Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder Geschäftsführung sowie über die Obliegenheiten gegenüber den Revisoren und dem Aufsichtsrathe,
6. über die im Falle einer Herabsetzung des Grundkapitals an die Gläubiger zu richtende Aufforderung,

7. über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung,
8. über die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens,
9. über die strafrechtliche Verantwortlichkeit und über die Verhängung von Ordnungsstrafen

finden auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung.

A.D.H. in Art. 173—249 g zerstreut. **Entw. I** §. 297 Abs. 1. **Entw. II** §. 316.

§. 325.

I. **In §. 325 nicht erwähnte Vorschriften über den Vorstand der A.G.** Aus der Aufzählung in §. 325 darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß die dort nicht erwähnten den Vorstand der A.G. betreffenden Vorschriften nicht entsprechende Anwendung auf die persönlich haftenden Gesellschafter finden; bezüglich jeder einzelnen derartigen Vorschrift ist besonders zu prüfen, ob sie Anwendung findet oder nicht (§. 320 Anm. V b 2).

II. **Den Vorstand betreffend.** Hierunter fallen, wie sich aus den einzelnen aufgezählten Bestimmungen ergiebt, auch Vorschriften, welche die Vorstands mitglieder betreffen.

III. **Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister.** Der §. 325 Ziff. 1 soll wohl nur bestimmen, daß innerhalb des Gebietes, für welches nach §. 320 Abs. 3 die Vorschriften über die A.G. überhaupt anwendbar sind, die für den Vorstand der A.G. gegebenen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden; ist dies zutreffend, so würden bei Anmeldung einer Änderung der Personen oder der Vertretungsbefugnis von persönlich haftenden Gesellschaftern, soweit hierin keine Satzungsänderung liegt, nicht die Vorschriften über Anmeldung einer Änderung der Personen oder der Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder, sondern die entsprechenden für die offene Handelsgesellschaft (und Kommanditgesellschaft) geltenden Vorschriften zur Anwendung zu bringen sein. — Unter §. 325 Ziff. 1 fällt nicht die Zeichnung von Unterschriften (§. 320 Anm. VI zu §. 195 Abs. 4). — Nach Denkschr. 177 ist §. 325 Ziff. 1 „hauptsächlich von Bedeutung für die Anmeldung von Änderungen des Gesellschaftsvertrags, einschließlich des Falles des Eintritts eines persönlich haftenden Gesellschafters" (vgl. §. 322 Anm. I). Über die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Ausscheidens von persönlich haftenden Gesellschaftern bestimmt §. 330 Abs. 5. — Zu beachten ist auch, daß sich aus §. 327 Abs. 4 eine Einschränkung der Einreichungspflicht ergiebt.

IV. **Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung.** Durch §. 325 Ziff. 7 sollen die §§. 268—270 für entsprechend anwendbar erklärt werden (vgl. auch §. 327 Abs. 3), mithin die Vorschriften über das Verfahren bei Verfolgung derartiger Ansprüche. Aus §. 325 Ziff. 7 ist dagegen nichts über den Inhalt des geltend zu machenden Anspruchs zu entnehmen; der §. 325 Ziff. 7 enthält daher nicht (was Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 89 annimmt) eine Regel des Inhalts: „Hat der persönlich haftende Gesellschafter seine Verpflichtungen verletzt, so haftet er der Gesellschaft so, wie der Vorstand, wenn er die seinigen verletzt." Über den Grad der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters vgl. §. 320 Anm. VI zu §. 241. — Aus §. 325 Ziff. 7 folgt auch nichts über die Anwendbarkeit des §. 247 (dagegen Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 96); hierüber vgl. §. 328 Anm. IV.

V. **Entsprechende** Anwendung. Jedes Vorstandsmitglied ist notwendig vertretungsberechtigt (§. 232 Anm. IV); nicht ebenso jeder persönlich haftende Gesellschafter (§. 125 Abs. 1, §. 127). Der Ausschluß eines Vorstandsmitgliedes von der Geschäftsführungsbefugnis, wenngleich zulässig (§. 231 Anm. III), ist im Gesetz nicht besonders berücksichtigt; wohl aber der Ausschluß persönlich haftender Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis (§§. 114 ff.). Die persönlich haftenden Gesellschafter bilden ferner nicht zusammen

eine **Behörde**, wie der Vorstand, stehen vielmehr als **einzelne** in Rechtsbeziehungen zu anderen Gesellschaftern und zur Gesellschaft (§. 320 Anm. V c 9). — Aus allen diesen Abweichungen folgt, daß in jedem einzelnen Fall zu prüfen ist, ob die Anwendung der für den Vorstand oder dessen Mitglieder gegebenen Vorschrift eine entsprechende ist, wenn sie auf **alle** persönlich haftenden Gesellschafter, oder wenn sie auf diese nur in geschäftsführungsbefugter, oder nur in vertretungsberechtigter Zusammensetzung angewendet wird.

§. 326. **Verbot von Sondergeschäften.**

Ein persönlich haftender Gesellschafter darf ohne Einwilligung der Gesellschaft weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugniß zur Ertheilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen ist, durch die Generalversammlung ertheilt.

Verletzt ein persönlich haftender Gesellschafter die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so findet die Vorschrift des §. 236 Abs. 2 Anwendung.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des persönlich haftenden Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

A.D.H. Art. 196 a. **Entw. I** §. 297 Abs. 2. **Entw. II** §. 317.

§. 326.

I. **Inhalt des Verbots** ist derselbe wie für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (§. 112 Anm. I; vgl. auch §. 236 Anm. I).

II. **Einwilligung.** Vgl. §. 236 Anm. II. Während für die offene Handelsgesellschaft die Einwilligung „der anderen Gesellschafter“ (§. 112 Abs. 1), ist für die K.A.G. die Einwilligung „der Gesellschaft“ erfordert (§. 326 Abs. 1 Satz 1) und weiter bestimmt (§. 326 Abs. 1 Satz 2), daß diese Einwilligung durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und die Generalversammlung zu erteilen ist, die diesbezügliche Befugnis der Generalversammlung aber durch Satzung oder Generalversammlungsbeschluß dem Aufsichtsrat übertragen werden könne. — Auch soweit die Generalversammlung mitzuwirken hat, ist eine **stillschweigende** Erteilung der Genehmigung nicht als unbedingt ausgeschlossen zu erachten (dagegen **Staub** Anm. 5); sie kann liegen in einem Beschluß über einen **anderen** Gegenstand (z. B. Urlaubserteilung, besonders niedrige Gehaltsbemessung), der jene Einwilligung voraussetzt.

III. **Folgen der Übertretung des Verbots.** Vgl. §. 236 Anm. III. Neben den in §. 236 Abs. 2 vorgesehenen können auch **andere** Folgen eintreten (vgl. §. 113 Abs. 4).

IV. **Verjährung.** Vgl. §. 236 Anm. IV.

§. 327.

Verhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Generalversammlung.

In der Generalversammlung haben die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist.

Zur Ausübung der Befugnisse, welche in Ansehung der Bestellung von Revisoren und der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§. 266 bis 269 der Generalversammlung oder einer Minderheit von Aktionären zustehen, bedarf es der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht.

Beschlüsse der Generalversammlung, die der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen, sind zum Handelsregister erst einzureichen, wenn die Zustimmung erfolgt ist. Bei Beschlüssen, die in das Handelsregister einzutragen sind, ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhange zu dem Protokolle zu beurkunden.

A.D.H. Art. 190 Abs. 4. **Entw.** I §. 298. **Entw.** II §. 318.

§. 327.

I. **Stellung der Generalversammlung innerhalb der Verfassung der K.A.G.** Vgl. §. 320 Anm. V c 9. Die Rechte der Generalversammlung im Verhältnis zu den persönlich haftenden Gesellschaftern sind in mehrfacher Beziehung weitergehende als die entsprechenden Rechte der Kommanditisten bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (§. 320 Anm. V c 6, 10); so z. B. bezüglich Bilanzfeststellung und Gewinnverteilungsbeschluß (§. 325 Ziff. 3), Bestellung von Revisoren (§§. 325 Ziff. 5, 327 Abs. 3), Überwachung durch selbstgewählten Aufsichtsrat (unten Anm. III a 1).

II. **Kein Stimmrecht der persönlich haftenden Gesellschafter (§. 327 Abs. 1).**

a. **Stimmrecht.** Daß die persönlich haftenden Gesellschafter, wenn sie nicht gleichzeitig Kommandit-Anteilberechtigte sind („Aktien besitzen"), kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben, ist selbstverständlich. Der §. 327 Abs. 1 versagt ihnen aber auch das Stimmrecht in Ansehung etwaiger ihnen zustehender Kommandit-Anteilrechte. Streitig ist, ob §. 327 Abs. 1 auch die Ausübung eines Stimmrechts für andere ausschließt. Für Bejahung: M. 206, Pinner Anm. IV, Rudorff, Litthauer; für Verneinung: H. Makower 11. Aufl. Art. 190 Anm. 56, Staub 7. Aufl. Anm. 2, Ring Art. 190 Anm. 1, Keyßner Anm. 1. Man wird wohl für Bejahung zu entscheiden haben, da M. 206 mit der entsprechenden Bestimmung des Art. 190 Abs. 4 A.D.H. diesen Sinn ausdrücklich verbunden wissen wollte, und das H.G.B. an dem Art. 190 Abs. 4 sachlich nichts ändern sollte (Denkschr. 177). Unerheblich allerdings für die Entscheidung der Streitfrage ist (worauf M. 206 Gewicht legt), ob Interessenwiderstreit auch bei Stimmen für andere vorhanden; denn wenn §. 327 Abs. 1 in beschränktem Sinne ausgelegt wird, so würde daneben, wenn im Einzelfall Interessenwiderstreit vorhanden, der weitergehende §. 252 Abs. 3 gelten (§. 320 Abs. 3). Unzutreffend ist die Beweisführung Pinners; er setzt voraus, daß im Gesetz als Gegensatz des „auch wenn sie Aktien besitzen" an den Fall gedacht sei, daß sie im Einzelfall an sich berechtigt seien, für andere zu stimmen; es ist aber gerade die Frage, ob an diesen Fall gedacht ist, oder an den anderen, daß sie überhaupt kein Recht (eigenes oder fremdes) auf Grund von Kommandit-Anteilen beanspruchen. Ebenso kommt aber auch die Beweisführung Staubs auf ein Voraussetzen des Gesuchten heraus, indem er dem Wort „Stimmrecht" von vorn-

herein den beschränkten Sinn unterlegt. Nichts herzuleiten ist ferner aus dem Wort „besitzen", denn „besitzen" ist im H.G.B. wiederholt ungenau im Sinn von „berechtigt sein" gebraucht (§. 252 Anm. III b 1). Ebensowenig aus dem Unterschied in der Fassung zwischen §. 252 Abs. 3 und §. 327 Abs. 1, denn in gleich verschiedener Fassung waren jene Vorschriften in Art. 190 Abs. 3 und 4 A.D.H. enthalten, und trotzdem sie dort unmittelbar aufeinanderfolgten, wollte doch M. 206 den Abs. 4 in gleichem Sinn wie den abweichend gefaßten Abs. 3 verstanden wissen. Auch in §. 252 ist „Stimmrecht" und „Ausübung des Stimmrechts" nicht streng gesondert; in §. 252 Abs. 1 Satz 2 und wohl auch Satz 3 steht letzterer Ausdruck im Sinn des ersteren (§. 252 Anm. III a, b 1), im Abs. 4 im Sinn des ersteren und letzteren zugleich.

b. **Teilnahmerecht.** Die Teilnahme an der Generalversammlung ohne Mitstimmen ist den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht verboten (§. 327 Abs. 4 Satz 2; Pinner Anm. IV, Staub 7. Aufl. Anm. 3); ein besonderes Recht auf Teilnahme aber ebensowenig anerkannt (vgl. §. 250 Anm. V a 8; ebenso Keyßner Anm. 1); für diejenigen persönlich haftenden Gesellschafter, welche Kommandit-Anteilberechtigte sind, folgt aber ein Recht auf Teilnahme aus ihrem Kommandit-Anteilrecht (§. 252 Anm. V a).

III. **Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu Generalversammlungsbeschlüssen.**

a. **In welchen Fällen ist die Zustimmung erforderlich, in welchen nicht?**

1. Regel ist rechtlich, wenngleich wohl nicht thatsächlich, daß keine Zustimmung erforderlich ist (§. 320 Abs. 3; dagegen Pinner Anm. VI). So namentlich bei „nur auf Angelegenheiten der Kommanditisten bezüglichen Beschlüssen, wie . . . die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten, die Kündigung der Gesellschaft" (Denkschr. 178). Nach Denkschrift a. a. O. soll dasselbe gelten bei Wahl oder Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrats; dies wird daher wohl als im Sinn des Gesetzes liegend anzusehen sein, wenngleich nicht anzuerkennen ist, daß (was Denkschr. 178 annimmt) dies gleichfalls Beschlüsse sind, welche nur Angelegenheiten der Kommanditisten betreffen, denn der Aufsichtsrat ist nicht nur Behörde der Kommanditistengesamtheit, sondern gleichzeitig auch Behörde der Kommanditaktiengesellschaft (§. 320 Anm. V c 9). In §. 327 Abs. 3 ist ein Zweifel (Denkschr. 178) dahin entschieden, daß auch bezüglich der in §§. 266 bis 269 erwähnten Beschlüsse der Generalversammlung (oder Minderheitsbefugnisse) keine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist. Über die Frage, ob dasselbe für den Bilanzvertagungsbeschluß des §. 264 gilt, vgl. §. 320 Anm. VI i 34. Ein Minderheitsverlangen, selbst wenn es in der Generalversammlung gestellt werden muß, ist kein Beschluß (§. 268 Anm. III b).
2. Ausnahme (§. 327 Abs. 2). Zustimmung ist erforderlich, soweit die Beschlüsse der Generalversammlung Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist. Dies ist in §. 327 Abs. 2 „zur Verhütung von Mißverständnissen" besonders hervorgehoben, wenngleich es an sich bereits aus §. 320 Abs. 2 folgen würde (Denkschr. 178). Hierzu gehören nach Denkschr. 178 z. B. Beschlüsse über Satzungsänderung, Bilanzfeststellung und Gewinnverteilung. Aus letzteren beiden Beispielen ergiebt sich, daß die Fassung des §. 327 Abs. 2 ungenau ist; die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter der K.A.G. soll erforderlich sein nicht nur, soweit bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten, sondern auch soweit dort eine Handlung nur der ersteren genügt; denn bei der Kommanditgesellschaft haben die Kommanditisten weder bei Bilanzfeststellung (§. 166 Anm. I) noch bei Festsetzung des zu verteilenden Gewinns, soweit eine

solche Festsetzung dort überhaupt geschieht (§. 167 Anm. II, §. 169 Anm. II), mitzuwirken.

b. **Wirkung** der Zustimmung. Die Zustimmung ist nicht etwa Teil des Beschlusses (vgl. jedoch §. 332 Abs./1), vielmehr etwas Hinzukommendes. Auch derjenige Beschluß, welcher „der Zustimmung bedarf“, ist daher als Beschluß bereits vorhanden, ohne daß jene Zustimmung erteilt ist, und bleibt als Beschluß bestehen, selbst nachdem die Zustimmung verweigert ist; ebenso wie bei der Kommanditgesellschaft eine Erklärung der Kommanditisten nicht dadurch ungeschehen gemacht wird, daß ihr die persönlich haftenden Gesellschafter nicht beitreten. Die Wirkung der Zustimmung ist daher lediglich die, daß aus der in dem Generalversammlungsbeschluß liegenden einseitigen Erklärung der Kommanditistengesamtheit durch das Hinzutreten der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter eine allseitig bindende Willenserklärung der Kommanditaktiengesellschaft, ein Gesellschaftsbeschluß, wird. An anderer Stelle (§. 330 Abs. 3) ist gerade die Erkärung der Generalversammlung als „Zustimmung“ bezeichnet. Unerheblich ist daher auch die Reihenfolge, in welcher die Erklärungen abgegeben werden (B.G. §§. 182 ff.)

c. **Form** der Zustimmung. Über die Grenze der Anwendbarkeit des §. 119 vgl. §. 320 Anm. VI b 10.

1. Bei Beschlüssen, „die in das Handelsregister einzutragen sind“ (§. 327 Abs. 4 Satz 2). Hierunter sind wohl nicht nur diejenigen verstanden, die ohne Eintragung wirkungslos sind, sondern auch diejenigen, bei denen die Eintragung nur erklärende Wirkung hat (ebenso Pinner Anm. III, Staub 7. Aufl. Anm. 6); den Gegensatz bilden diejenigen Beschlüsse, welche nur einzureichen sind. Hierher gehören daher z. B. nicht nur Beschlüsse über Satzungsänderung (§. 277 Abs. 3, Denkschr. 178), Liquidationsausschluß (§. 304 Abs. 4), Umwandlung in A.G. (§. 332 Abs. 2), sondern z. B. auch ein Auflösungsbeschluß (§. 330 Abs. 3, 5; vgl. §. 293 Anm. IV). Unerheblich ist auch, ob der Inhalt des Beschlusses einzutragen ist, oder eine Bezugnahme auf überreichte Urkunden genügt (vgl. §. 277 Abs. 2 Satz 1). — Bei den einzutragenden Beschlüssen ist zwecks Sicherung der Grundlagen für die Eintragung (Denkschr. 178) die Formvorschrift gegeben, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll (§. 259) oder „in einem Anhange zu dem Protokoll“ zu beurkunden sei. Was unter „Anhang“ verstanden, ist nicht zweifellos. Gemeint ist wohl nicht eine mit der Haupturkunde nur durch den räumlichen Zusammenhang auf demselben Papierstück verbundene selbständige Erklärung, sondern eine Protokollanlage im Sinne des G.fr.Ger. § .176 Abs. 2. — Die Zustimmung ist wohl nicht als selbständiges Rechtsgeschäft, sondern nur als Teil des durch das Protokoll überhaupt zu beurkundenden Vorgangs gedacht, die Vorschriften des G.fr.Ger. §§. 168 ff. sind daher auch bezüglich der Zustimmungserklärung nicht in höherem Maße anwendbar als (§. 259 Anm. II) bezüglich anderer in Generalversammlungsprotokollen unter anderem beurkundeter Erklärungen (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 107).

2. Bei Beschlüssen, die nicht „in das Handelsregister einzutragen sind,“ ist keine bestimmte Form für die Abgabe der Zustimmungserklärung vorgeschrieben. So z. B. bei den Beschlüssen über Bilanzfeststellung und Gewinnverteilung (Denkschr. 178). Da bezüglich dieser Beschlüsse keine Anmeldungs- sondern eine Einreichungspflicht besteht, wird nicht (was Pinner Anm. III, Staub 7. Aufl. Anm. 6 annehmen) als genügend zu erachten sein, daß die Gesellschafter, welche das Generalversammlungsprotokoll einreichen, gleichzeitig erklären, daß die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben; vielmehr wird die Einreichung schriftlicher Zustimmungserklärungen zu fordern sein.

d. **Wer muß zustimmen?** Nach dem Wortlaut des §. 327 könnte es scheinen, daß in allen Fällen, in denen überhaupt eine Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist, alle vorhandenen persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen müssen, also auch die nichtgeschäftsführungsbefugten. Da aber §. 327 Abs. 2 nichts Selbständiges bestimmen, sondern nur (ebenso wie §. 320 Abs. 2) auf die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften zurückverweisen will (oben Anm. III a 2), so wird auch für die K.A.G. nur die Zustimmung derjenigen persönlich haftenden Gesellschafter verlangt werden können, deren Zustimmung für die entsprechende Handlung bei der Kommanditgesellschaft erforderlich ist (ebenso Pinner Anm. VI 2). Soweit daher eine Frage der Geschäftsführung in Betracht kommt, brauchen nur die geschäftsführungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter (gemäß §. 119) zuzustimmen; soweit es sich um Änderung der Satzung handelt, müssen alle persönlich haftenden Gesellschafter zustimmen (Pinner a.a.O., Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 101).

IV. **Einreichung der Generalversammlungsprotokolle zum Handelsregister.** Die Einreichung von „Beschlüssen" kann nur durch Einreichung der darüber aufgenommenen Protokolle erfolgen (§. 259 Abs. 5). Der §. 327 Abs. 4 Satz 1 sollte eine Einschränkung der für die A.G. bestehenden unbedingten Verpflichtung zur Einreichung aller Generalversammlungsprotokolle enthalten (Denkschr. 178); er enthält mithin kein Verbot, sondern nur die Erleichterung einer Pflicht. Hieraus folgt, daß wenn durch dasselbe Protokoll mehrere zustimmungspflichtige Beschlüsse beurkundet sind, von denen nur einem die Zustimmung erteilt wird, dennoch alsbald das ganze Protokoll einzureichen ist. — Die Ansicht, daß unter Umständen dem Aufsichtsrat die Einreichung von Beschlüssen obliege (Keyßner Anm. 4 unter Berufung auf §. 328 Abs. 1), ist nicht zu billigen (vgl. §. 325 Ziff. 1).

§. 328. **Aufsichtsrat.**

Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Gesammtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder diese gegen die Gesammtheit der Kommanditisten zu führen haben, werden die Kommanditisten durch den Aufsichtsrath vertreten, es sei denn, daß in der Generalversammlung besondere Vertreter gewählt werden. Für die Kosten des Rechtsstreits, welche den Kommanditisten zur Last fallen, haftet die Gesellschaft, unbeschadet ihres Rückgriffs gegen die Kommanditisten.

Die Vorschrift des §. 247 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Persönlich haftende Gesellschafter können nicht Mitglieder des Aufsichtsraths sein.

A.D.H. Art. 186 Abs. 2, 195 Abs. 1, 194 Abs. 2, 191 Abs. 1 Satz 2. **Entw. I** §. 299. **Entw. II** §. 319.

§. 328.

I. **Stellung des Aufsichtsrats innerhalb der Verfassung der K.A.G.** Vgl. §. 320 Anm. V c 9. Über die Frage, ob zur Wahl oder Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist, vgl. §. 327 Anm. III a 1.

II. **„Kommanditisten", „Gesamtheit der Kommanditisten".** Vgl. §. 320 Anm. I b, III.

III. **Ausführung der Beschlüsse der Kommanditisten** (§. 328 Abs. 1). Diese mangels gegenteiliger Satzungsbestimmung dem Aufsichtsrat in §. 328 Abs. 1 zugewiesene Obliegenheit tritt zu seinen sonstigen in §. 246 (§. 320 Abs. 3) geregelten Obliegenheiten

hinzu. Die erstere entspricht seiner Stellung als Vorstand der **Kommanditistengesamtheit**, die letzteren seiner Stellung als Behörde der Kommanditaktiengesellschaft. **Aus §.** 328 ist daher nur zu entnehmen, daß der Aufsichtsrat diejenigen Beschlüsse der Kommanditisten, d. h. der Generalversammlung, auszuführen hat, welche Beschlüsse lediglich der Kommanditistengesamtheit sind (vgl. §. 327 Anm. III a 1), nicht auch diejenigen, welche, um bindend für die Gesellschaft zu werden, der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen (§. 327 Anm. III a 2), selbst nachdem diese Zustimmung erteilt ist; denn die letzteren Beschlüsse haben dann nicht mehr die Eigenschaft eines Kommanditistenbeschlusses, sondern eines Gesellschaftsbeschlusses (§. 327 Anm. III b).

IV. **Rechtsstreitigkeiten zwischen Kommanditistengesamtheit und persönlich haftenden Gesellschaftern** (§. 328 Abs. 2, 3).

a. **Verhältnis des §. 328 Abs. 2 zu §. 247 Abs. 1.** Nicht in genau demselben Verhältnis wie §. 328 Abs. 1 zu §. 246 (oben Anm. III) steht §. 328 Abs. 2 zu §. 247 Abs. 1. Die Rechte des Aufsichtsrats zur Vertretung der Gesellschaft gemäß §. 247 Abs. 1 sind zum Teil gegenstandslos bei der K.A.G. Zwar wird man wohl anzunehmen haben, daß die durch §. 247 Abs. 1 anerkannte Ermächtigung des Aufsichtsrats, die Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten, auch für die K.A.G. in entsprechender Anwendung auf Rechtsgeschäfte mit den persönlich haftenden Gesellschaftern (§. 320 Anm. V b 2) gelten soll (vgl. §. 320 Anm. V c 4; ebenso Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 91); ebenso gilt auch für die K.A.G. die in §. 247 Abs. 1 erteilte Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Führung von Rechtsstreitigkeiten namens der Gesellschaft, wenn die Generalversammlung sie beschließt (ebenso Cosack §. 123 VI 2); anders jedoch als entsprechend bei der A.G. und beschränkter ist bei der K.A.G. die Ermächtigung der Generalversammlung, namens der Gesellschaft derartige Rechtsstreitigkeiten gegen persönlich haftende Gesellschafter zu beschließen; diese Ermächtigung besteht bei der K.A.G. nur im Fall der §§. 268—270 (Denkschr. 178 erwähnt sogar nur Ansprüche „aus der Geschäftsführung"; gegen diese weitergehende Beschränkung §. 327 Abs. 3). Nur soweit der Fall der §§. 268—270 vorliegt, hat daher für die K.A.G. die Bestimmung des §. 247 Abs. 1 über die Befugnis des Aufsichtsrats zur Vertretung der Gesellschaft im Rechtsstreit sachliche Bedeutung. Daneben schafft nun §. 328 Abs. 2 neue Rechte des Aufsichtsrats zur Vertretung der Kommanditistengesamtheit.

b. **Kosten des Rechtsstreits der Kommanditistengesamtheit, wenn diese unterliegt.** Die Kommanditistengesamtheit hat kein selbständiges Vermögen; als Schuldner werden daher die einzelnen Kommanditisten (vgl. §. 218 Anm. V b) anzusehen sein, jedoch nur anteilig, nicht als Gesamtschuldner. „Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist bestimmt, daß für diese Kosten ... die Gesellschaft vorschußweise zu haften hat, da sie in der Lage ist, sich durch Abzug der auf die Kommanditisten fallenden Dividende oder Liquidationsrate an dieselben zu halten" (Denkschr. 179). Daß die Haftung des einzelnen Kommanditisten für den Kostenanteil eine auf sein Anteilrecht und dessen Erträgnisse beschränkte sein sollte (was Staub 7. Aufl. Anm. 2 annimmt), ist aus §. 328 nicht zu entnehmen, folgt auch nicht etwa aus §. 320 Abs. 1 oder §. 211 (vgl. §. 211 Anm. IV, §. 212 Anm. III, §. 218 Anm. V b, §. 269 Abs. 5, §. 273 Abs. 2).

c. **Verhältnis des §. 328 Abs. 3 zu §. 247 Abs. 2.** Der §. 328 Abs. 3 ist wohl nur dahin auslegbar, daß er nicht neben den §. 247 Abs. 2 tritt, sondern die letztere Bestimmung vollständig ersetzt (abweichend Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 96). Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde der Aufsichtsrat in allen oder fast allen Fällen eigener Verantwortlichkeit die Wahl haben, ob er namens der Gesellschaft (gemäß §. 247 Abs. 2) oder namens der Kommanditistengesamtheit (gemäß §. 328 Abs. 3) klagen will. Das Wort „entsprechende" in §. 328 Abs. 3 deutet nur darauf, daß hier

gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern gilt was §. 247 Abs. 2 gegenüber den Vorstandsmitgliedern zuläßt.

V. **Unvereinbare Stellungen** (§. 328 Abs. 4). Die Bestimmung des §. 328 Abs. 4 tritt an die Stelle des §. 248, soweit letzterer die Aufsichtsratsmitglieder von der Stellung eines Vorstandsmitgliedes oder Stellvertreters eines solchen ausschließt; daneben gilt §. 248 (§. 320 Abs. 3), soweit er bestimmt, daß Aufsichtsratsmitglieder nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen können.

§. 329.

Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter.

Ergiebt sich für die persönlich haftenden Gesellschafter nach dem Jahresertrágniß ein Gewinnantheil, der nicht auf ihre Aktien fällt, so hat die Auszahlung zu unterbleiben, falls eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalantheile übersteigt. Solange eine solche Unterbilanz besteht, ist auch eine sonstige Entnahme von Geld auf den Kapitalantheil ausgeschlossen.

Auf den Gewinn, der sich für die persönlich haftenden Gesellschafter ergiebt, findet die Vorschrift des §. 262 Nr. 1 über den Reservefonds Anwendung.

A.D.H. — **Entw. I** §. 300. **Entw. II** §. 320.

§. 329.

I. **Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile** der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit.

a. **Ist in der Satzung eine Bestimmung darüber getroffen,** welche Anteile an Gewinn und Verlust den persönlich haftenden Gesellschaftern (und den einzelnen unter ihnen) einerseits und der Kommanditistengesamtheit andererseits zu berechnen sind, so ist diese Regelung entscheidend (§§. 163, 320 Abs. 2). Zum Beispiel wird bei der Diskontogesellschaft in Berlin zunächst den Kommanditisten 4% des Grundkapitals gutgerechnet; von dem Überrest entfällt 1/8 an die persönlich haftenden Gesellschafter, 1/25 an den Aufsichtsrat, der Rest mit gewissen Abzügen an die Kommanditisten (Cosack §. 123 VIII 9). — Eine von der gesetzlichen abweichende Regelung, welche für die persönlich haftenden Gesellschafter günstiger ist (oder unter Umständen sein kann) als die gesetzliche, bindet die Gesellschaft nur, wenn sie in die Satzung aufgenommen ist (§. 322 Anm. IV, §. 163, §. 320 Anm. Vc 11). So z. B., wenn — abweichend von der unten zu b dargestellten gesetzlichen Regelung — bedungen wird, daß den Kommanditisten höchstens vom Betrag des Grundkapitals, nicht auch vom Aufgeld vier vom Hundert gemäß §. 121 gutgeschrieben werden sollen. — Die in §. 237 enthaltenen Beschränkungen finden auf den Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter keine Anwendung (Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 70, Keyßner in Z.f.H. Bd. 48 S. 508).

b. **In Ermangelung einer Satzungsbestimmung** hat die Berechnung gemäß §§. 167, 168 zu erfolgen (§. 320 Abs. 2), und zwar so, daß hierbei die Kommanditistengesamtheit (einschließlich der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Kommandit-Anteilberechtigte sind) wie ein Kommanditist angesehen wird (§. 320 Anm. III a), daß als „bedungene Einlage" der Kommanditistengesamtheit die Summe aller in Ansehung der Kommanditanteile („Aktien") zugesagten Kapitaleinlagen (§. 211 Anm. II; auf Grundkapital und Aufgeld; durch persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditisten) gilt, und daß der „Kapitalanteil" der Kommanditistengesamtheit berechnet wird durch den Betrag der geleisteten Einlagen auf Grundkapital und Aufgeld zuzüglich der in Vorjahren gemäß §. 167 Abs. 2 zugeschriebenen Gewinnanteile, und abzüglich erstens der erfolgten Rückzahlungen in Anrechnung auf das Grundkapital (§§. 288 ff.), zweitens

des Überschusses der auf die Kommanditanteile („Aktien") verteilten Gewinne über den der Kommanditistengesamtheit gemäß §. 167 Abs. 2 zukommenden, ihr aber nicht auf Kapitalanteil zugeschriebenen Teil des Gewinnes, und drittens des der Kommanditistengesamtheit gemäß §. 120 Abs. 2 (vgl. §. 167 Anm. IV) belasteten und seiner Höhe nach durch §. 167 Abs. 3 begrenzten Verlustanteils. Die Buchung von Aufgeld und Teilen der Gewinne zum Reservefonds ist einflußlos für die Berechnung des „Kapitalanteils", vielmehr nur erheblich für die Berechnung dessen, was entnommen oder ausgezahlt werden darf. — Die Gleichstellung von „Kapitalanteil der Kommanditisten" und „Grundkapital" bei Staub 7. Aufl. §. 320 Anm. 68 erscheint irrtümlich; wenn Staub a. a. O. Anm. 66, 68 für die Kommanditistengesamtheit 4% Vorweg-Gewinnanteil zwar berechnen, ihr aber nicht gutschreiben oder auszahlen will, so ist dies irreführend, weil hierbei nicht ersichtlich wird, wo dieser — doch vorhandene — Gewinnteil bleibt; in Wahrheit steckt er auch bei Staub in dem Gewinnvortrag für das nächste Jahr oder den an die Kommanditisten ausgezahlten Gewinnanteilen. — Die bei Pinner §. 329 Anm. III 2c als Beispiel angeführte Berechnung erscheint irrig, da in jenem Beispiel keineswegs feststeht, daß die überschießenden 100000 Mk. einen Jahresgewinn darstellen.

Beispiel: Bei einer am 1. Januar 1900 entstandenen K.A.G. sei das Grundkapital 115000 Mk., worauf 100000 Mk. und 5000 Mk. Aufgeld eingezahlt sind. Von den 5 persönlich haftenden Gesellschaftern A, B, C, D, E, von denen B und E nicht geschäftsführend, seien Vermögenseinlagen von 0, 20000, 30000, 40000 und 60000 Mk. versprochen, und hierauf seien am 1. Januar 1900: 0, 20000, 25000, 0 und 25000 Mk. geleistet. Jeder der persönlich haftenden Gesellschafter A, C, D habe je 10 „Aktien", E 20 „Aktien" zu je 1000 Mk. übernommen. Ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis der Gewinn- und Verlustanteile (§. 168 Abs. 2) der Kommanditistengesamtheit und der 5 persönlich haftenden Gesellschafter sei: 12/36, 3/36, 2/36, 3/36, 10/36 und 6/36. Im ersten Geschäftsjahr werde 79000, im zweiten 45360 Mk. Jahresgewinn und im dritten 144000 Mk. Jahresverlust erzielt und für das erste 10350, für das zweite 29900 Mk. auf die „Aktien" verteilt. Von den persönlich haftenden Gesellschaftern seien die aus der nachstehenden Tafel ersichtlichen Beträge unmittelbar vor Schluß des betreffenden Geschäftsjahrs entnommen bezw. (§. 120 Anm. II) auf Sonderkonto abgebucht. Es ergiebt sich dann folgende Art der Berechnung des Kapitalanteils:

Erstes Geschäftsjahr.

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1900	Gewinnanteile = 4% Kap.-Ant. + x. (Gesamtgewinn — 4% Summe d. Kap.-Anteile)	Verteilt für 1900 bezw. entnommen Ende 1900	Nachträglich zum 31. 12. 1900 auf Sonderkonti abgebucht (zu 1 notwendig, zu 4 freiwillig)	Kapitalanteile zum 31. 12. 1900 = Guthaben auf Kapitalkonto + Guthaben auf Reservefondskonto; zu 1 jedoch nur bis zum Höchstbetrag v. 120000 Mk.	Guthaben auf Sonderkonto
1.	Kommanditistengesamtheit	105 000	4200 + 12 . 2000 = 28 200	10 350	105000 + 28 200 — 10 350 — (115 000 Gd. K. + 5000 Aufg.) = 2850	105000 + 28200 — 10350 = 120000 +	[illegible]
2.	A.	0	0 + 3 . 2000 = 6000	0	—	0 + 6000 — 0 = 6000	-
3.	B.	20 000	800 + 2 . 2000 = 4800	800*)	—	20000 + 4800 — 800 = 24000	-
4.	C.	25 000	1000 + 3 . 2000 = 7000	900	5100	25000 + 7000 — (900 + 5100) = 26000	5100
5.	D.	0	0 + 10 . 2000 = 20000	0	—	0 + 20000 — 0 = 20000	-
6.	E.	25 000	1000 + 6 . 2000 = 18000	0	—	25000 + 18000 — 0 = 38000	-
			79000				

*) Für die Zulässigkeit einer Entnahme der 4% im ersten Geschäftsjahr §. 122 Anm. IIb: dagegen Staub 7. Aufl. §. 122 Anm. 4, Lehmann §. 122 Nr. 1.

Zweites Geschäftsjahr.

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1901	Gewinnanteile = 4% Kap.-Ant. + x. (Gesamtgewinn − 4% Summe d. Kap.-Anteile)	Verteilt für 1901 bezw. entnommen Ende 1901	Nachträglich zum 31. 12. 1901 auf Sonderkonto abgebucht	Kapitalanteile zum 31. 12. 1901	Guthaben auf Sonderkonto
1.	Kommanditistengesamtheit	120 000	4800 + 12 . 1000 = 16 800	29 900	—	120 000 + 16 800 — (29 900 — 2850) = 109 750	—
2.	A.	6 000	240 + 3 . 1000 = 3 240	240	—	6 000 + 3 240 — 240 = 9 000	—
3.	B.	24 000	960 + 2 . 1000 = 2 960	960	—	24 000 + 2 960 — 960 = 26 000	—
4.	C.	26 000	1040 + 3 . 1000 = 4 040	2 040	—	26 000 + 4 040 — 2040 = 28 000	5100
5.	D.	20 000	800 + 10 . 1000 = 10 800	0	—	20 000 + 10 800 — 0 = 30 800	—
6.	E.	38 000	1520 + 6 . 1000 = 7 520	20	—	38 000 + 7 520 — 20 = 45 500	—
			45 360				

Der für die Kommanditistengesamtheit berechnete Kapitalanteil von 109 750 zum 31. 12. 1901 setzt sich zusammen aus:

Geleistete Einlagen auf Grundkapital	100 000
Aufgeld	5 000
Zuschreibung zum Reservefonds für 1900: . .	1 410
„ „ „ „ 1901: . .	840
Gewinnvortrag für 1902:	2 500
	109 750

Drittes Geschäftsjahr.

	Mitglieder	Kapitalanteile am 1. 1. 1902	Verlustanteile $\frac{x}{36}$ des Gesamtverlusts	Entnommen Ende 1902	Nachträglich zum 31. 12. 1902 auf Sonderkonto abgebucht	Kapitalanteile zum 31. 12. 1902	Guthaben auf Sonderkonto
1.	Kommanditistengesamtheit	109 750	12 . 4000 = 48 000	—	—	109 750 — 48 000 = 61 750	—
2.	A.	9000	3 . 4000 = 12 000	300	—	9 000 — 12 000 — 300 = — 3 300	—
3.	B.	26 000	2 . 4000 = 8 000	1040	—	26 000 — 8 000 — 1040 = 16 960	—
4.	C.	28 000	3 . 4000 = 12 000	0	—	28 000 — 12 000 — 0 = 16 000	5100
5.	D.	30 800	10 . 4000 = 40 000	1232	—	30 800 — 40 000 — 1232 = — 10 432	—
6.	E.	45 500	6 . 4000 = 24 000	1820	—	45 500 — 24 000 — 1820 = 19 680	—
			144 000				

II. **Auszahlung bezw. Entnahme von Gesellschaftsvermögen, insbesondere von Gewinnanteilen** der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditistengesamtheit. **Umfang der Bindung des Gesellschaftsvermögens.**

a. **Regel.** Die Bindung und insbesondere das Verbot der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen besteht in Ansehung des dem Grundkapital entsprechenden Teiles desselben (Grundvermögen) in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft (§. 215 Anm. III). Dagegen gelten für denjenigen Teil des Gesellschaftsvermögens, welcher den Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entspricht, grundsätzlich die Vorschriften über die Kapitalanteile der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft; nach diesen aber besteht nach öffentlichem Recht überhaupt keine Bindung von Gesellschaftsvermögen,

und im Verhältnis der Gesellschafter zueinander nur eine Bindung in den Grenzen der §§. 122, 145. Demgemäß kann durch Satzungsänderung (§. 322 Anm. III d) ein Erlaß von Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter und mit Zustimmung der Generalversammlung (ohne Satzungsänderung; §. 322 Anm. III d) eine Rückzahlung geleisteter Einlagen gestattet oder angeordnet werden, ohne daß die Einhaltung von Gläubigerschutzvorschriften erforderlich ist. Auch die Verteilung während Liquidation kann in Ansehung solcher Einlagen ohne Einhaltung der aktienrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften erfolgen (§. 320 Anm. V c 14). „Die betreffenden Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter sind nicht etwa, wie das Aktienkapital, als unveränderliche Passivposten in die Bilanz einzustellen, sondern der auf einen persönlich haftenden Gesellschafter fallende Anteil am Verlust eines Geschäftsjahrs wird von seinem Kapitalanteil abgeschrieben, und, wenn das Geschäftsergebnis des folgenden Jahres — für sich betrachtet — einen Gewinn aufweist, ist ein entsprechender Anteil hieran (§. 168) dem persönlich haftenden Gesellschafter gutzuschreiben und nach Maßgabe des §. 122 auf Verlangen auszuzahlen" (Denkschr. 179; vgl. auch §. 180).

b. **Ausnahmen** von der Nichtbindung des den Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entsprechenden Teiles des Gesellschaftsvermögens schreibt der §. 329 Abs. 1 und 2 vor, und hierin allein besteht seine Bedeutung. Er greift nicht in die Berechnung der Gewinn- und Verlustanteile, sondern lediglich in die Auszahlung ein. Außer aus §. 329 folgt eine Beschränkung in der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die persönlich haftenden Gesellschafter mittelbar auch aus der Verpflichtung zur Konkursanmeldung bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§. 240 Abs. 2, §. 325 Ziff. 8). Die Bestimmungen des §. 329 sind nicht änderbar durch Satzung.

1. Verbot von Auszahlung oder Entnahme während bestehender Unterbilanz (§. 329 Abs. 1). „Unterbilanz" (Denkschr. 180: „Unterbilanz der Gesellschaft") steht hier wohl nicht im Sinn von „Bilanzverlust" (§. 261 Ziff. 6), sondern im Sinn von „Verlustvortrag", d. h. des Bilanzverlustes abzüglich etwaiger Deckung desselben aus dem Zwangsreservefonds oder freiwilliger Reservefonds. Und zwar ist wohl gemeint der für die Kommanditistengesamtheit gemachte Verlustvortrag zuzüglich eines etwaigen Überschusses der Passivkapitalanteile über die Aktivkapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter. Ist ein Verlustvortrag gemacht, so würden nach §. 122 die persönlich haftenden Gesellschafter während des nun beginnenden Jahres 4 vom Hundert ihrer etwa noch bestehenden Guthaben auf Kapitalkonto entnehmen können, und, wenn im nächsten Jahre — für sich betrachtet — ein Jahresgewinn erzielt wird, demnächst die Auszahlung ihrer Gewinnanteile fordern können. Dies Recht soll ihnen durch §. 329 nur für den Fall genommen werden, daß die „Unterbilanz" größer ist als die Summe der Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter. „Es kommt darauf an, ob nicht die Unterbilanz nur darauf beruht, daß neben dem Grundkapital zugleich die außerhalb desselben bestehenden Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter in den Bilanzpassiven enthalten sind" (Denkschr. 180). Cosack §. 123 VIII 6a führt die nach seiner Angabe in §. 329 Abs. 1 enthaltene Vorschrift: „Auszahlung ist unstatthaft, wenn Kapitalanteile + Grundkapital — Reinvermögen größer als Kapitalanteile" zurück auf den einfachen Satz: „Auszahlung ist statthaft solange Reinvermögen größer als Grundkapital." Hierbei ist jedoch das etwaige Bestehen eines Zwangsreservefonds nicht berücksichtigt. Die Auszahlung ist daher in

Wahrheit nur statthaft, solange das Reinvermögen größer ist als Grundkapital + Zwangsreservefonds.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes in §. 329 beruht, wie es scheint, auf der Voraussetzung, daß auch in die Bilanz der K.A.G. — wie in diejenige der offenen H.G. — das Kapitalkonto der persönlich haftenden Gesellschafter in derjenigen Höhe aufzunehmen ist, wie es sich nach Berücksichtigung des Gewinn- bezw. Verlustanteils des Jahres, für dessen Schluß die Bilanz gemacht wird, stellt, während in derselben Bilanz die Verwendung des für die gleiche Zeit auf die Kommanditistengesamtheit fallenden Gewinn- bezw. Verlustanteils noch nicht berücksichtigt wird. Eine derartige Aufstellung der Bilanz ist jedoch nicht ratsam, da dann die in sie aufgenommenen Kapitalkonten der Kommanditistengesamtheit einerseits und der persönlich haftenden Gesellschafter andererseits verschiedene Bedeutung haben würden, die Zuschreibung zum Reservefonds in Ansehung des Gewinnanteils der Kommanditistengesamtheit erst nach Abschluß der Bilanz, in Ansehung des Gewinnanteils der persönlich haftenden Gesellschafter aber vorher erfolgen müßte, und auch die dann im Fall eines Bilanzverlustes unter Umständen erforderliche Vorwegabschreibung von Teilen des Reservefonds zu Gunsten der Kapitalkonten der persönlich haftenden Gesellschafter kaum mit der Vorschrift des §. 262 vereinbar ist, daß der Verlust, für den der Reservefonds verwendet wird, sich aus der Bilanz ergeben müsse.

In §. 329 Abs. 1 Satz 1 ist zwecks größerer Deutlichkeit hervorgehoben, daß die Vorschrift sich nur auf die „nicht in Aktien bestehenden" Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter bezieht. Für die Grundkapitalanteile („diejenigen Kapitalanteile, welche in Aktien bestehen"; vgl. §. 179 Anm. III a) der persönlich haftenden Gesellschafter finden inbetreff Gewinnberechnung und Gewinnauszahlung dieselben Regeln Anwendung wie für alle anderen Grundkapitalanteile (Denkschr. 179). — „Solange" eine solche Unterbilanz besteht, oder — was wohl zu ergänzen (vgl. §. 169 Anm. II b) — durch die Entnahme die Summe der Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter unter den Betrag des Verlustvortrages herabgehen würde, ist auch eine andere Entnahme als diejenige des Gewinnanteils unzulässig (§. 329 Abs. 1 Satz 2); insbesondere also auch diejenige eines jährlichen Betrages von vier vom Hundert des Guthabens auf Kapitalkonto (Denkschr. 180).

2. Zwangsreservefonds (§. 329 Abs. 2). Die Vorschrift des §. 329 Abs. 2 findet auf jeden den persönlich haftenden Gesellschaftern als solchen zukommenden Anteil am Jahresgewinn Anwendung, unerheblich, ob in der Bilanz Verlust oder Gewinn für das nächste Jahr vorgetragen wird. Sie ist aufgenommen namentlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß sich auch im Fall einer Unterbilanz ein Gewinn für die persönlich haftenden Gesellschafter ergiebt (Denkschr. 180). — Über die Frage, ob trotz Unterbilanz auch von dem Jahresgewinn der Kommanditistengesamtheit eine Zuschreibung zum Reservefonds zu erfolgen hat, vgl. §. 262 Anm. II a 1.

c. **Beispiel.** Nachstehend die Bilanzen und Gewinnverteilungen, welche dem oben (Anm. I b) gegebenen Beispiel der Berechnung von Kapitalanteilen entsprechen würden:

Eröffnungs-Bilanz.

Eröffnungs-Bilanz zum 1. Januar 1900.

Aktiva.		M.	Passiva.		M.
Barbestand		175 000	Kapitalkonto		
Kapitalkonto			Grundkapital		115 000
Nicht eingefordert auf Grundkapital		15 000	Einlageversprechen der pers. haftenden Gesellschafter:		
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter:			A.	0	
A.	0		B.	20 000	
B.	0		C.	30 000	
C.	5 000		D.	40 000	
D.	40 000		E.	60 000	
E.	35 000			150 000	150 000
	80 000	80 000	Reservefonds (Aufgeld)		5 000
		270 000			270 000

Bilanz zum 31. Dezember 1900.

Aktiva.	M.	Passiva.		M.
Kapitalkonto		Kapitalkonto		
Nicht eingefordert auf Grundkapital	15 000	Grundkapital		115 000
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter	80 000	Einlageversprechen der pers. haftenden Gesellschafter		150 000
Verschiedene Sachen und Forderungen	352 300	Reservefonds (Aufgeld)		5 000
		Verschiedene Verbindlichkeiten		100 000
		Gewinn- und Verlustkonto		
		Jahresgewinn	79 000	
		Gewinnanteil der Kommanditistengesamtheit	28 200	28 200
		Gewinnanteil der pers. haftenden Gesellschafter	50 800	
		Abzüglich Entnahmen	1 700	
			49 100	49 100
	447 300			447 300

Der Bilanzgewinn der Kommanditistengesamtheit ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5% von 28 200 =			1 410 M.
Verteilt an Kommanditanteilberechtigte: A.	900		
B.	0		
C.	900		
D.	900		
E.	1 800		
„Kommanditisten" (§ 320 Anm. Ib)	5 850		
		10 350	10 350 „
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit			16 440 „
			28 200 „

Der Gewinnanteil der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit er nicht bereits vorweg entnommen, ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5% von 50 800 =	2 540 M.
Übertragen auf Sonderkonto des Gesellschafters C.	5 100 „

Zugeschrieben auf Kapitalkonto der pers. haftenden Gesellschafter:

	Gewinnanteil		Reservef.		Entnahme		Sonderkonto			
A.	6 000	—	300	—	0	—	0	=	5 700	
B.	4 800	—	240	—	800	—	0	=	3 760	
C.	7 000	—	350	—	900	—	5 100	=	650	
D.	20 000	—	1000	—	0	—	0	=	19 000	
E.	13 000	—	650	—	0	—	0	=	12 350	
									41 460	41 460 „
										49 100 „

Bilanz zum 31. Dezember 1901.

Aktiva.

Kapitalkonto					
Nicht eingefordert auf Grundkapital . .					15 000
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter:					
	verspr.	eingelegt	zugeschr. Mehreinl.	Rckstd.	
A.	0	0	+ 5 700 = 5 700		
B.	20 000	20 000	+ 3 760 = 3 760		
C.	30 000	25 000	+ 650 =	4 350	4 350
D.	40 000	0	+ 19 000 =	21 000	21 000
E.	60 000	25 000	+ 12 350 =	22 650	22 650
Verschiedene Sachen und Forderungen . . .					384 050
					447 050

Passiva.

Kapitalkonto			
Grundkapital			115 000
Guthaben des A.: 0 + 5 700			5 700
„ „ B.: 20 000 + 3 760 . . .			23 760
Einlageversprechen des C.:			30 000
„ „ D.:			40 000
„ „ E.:			60 000
Reservefonds, und zwar			
Guthaben der Kommanditistengesamtheit: 5 000 + 1 410 =		6 410	
„ des A.:		300	
„ „ B.:		240	
„ „ C.:		350	
„ „ D.:		1000	
„ „ E.:		650	
		8 950	8 950
Guthaben des C. auf Sonderkonto			5 100
Verschiedene Verbindlichkeiten			100 000
Gewinn- und Verlustkonto			
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit		16 440	
Jahresgewinn	45 360		
Gewinnanteil der Kommanditistengesamtheit		16 800	
„Gewinn“ (§ 261 Ziff. 6) . . .		33 240	33 240
Gewinnanteil der pers. haftenden Gesellschafter		28 560	
Abzüglich Entnahmen		3 260	
		25 300	25 300
			447 050

Der Bilanzgewinn der **Kommanditistengesamtheit** ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5 % von 16 800 = ...			840	Mk.
Verteilt an Kommanditanteilberechtigte:	A.	2 600		
	B.	0		
	C.	2 600		
	D.	2 600		
	E.	5 200		
	„Kommanditisten“ .	16 900		
		29 900	29 900	„
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit:				
16 440 + (16 800 — 840) — 29 900 =			2 500	„
			33 240	„

Der Gewinnanteil der **persönlich haftenden Gesellschafter**, soweit er nicht bereits vorweg entnommen, ist wie folgt verteilt:

An Reservefonds 5 % von 28 560 = ... 1 428 Mk.

Zugeschrieben auf Kapitalkonto der pers. haftenden Gesellschafter:

	Gewinnanteil		Reservef.		Entnahme				
A.	3 240	—	162	—	240	=	2 838		
B.	2 960	—	148	—	960	=	1 852		
C.	4 040	—	202	—	2 040	=	1 798		
D.	10 800	—	540	—	0	=	10 260		
E.	7 520	—	376	—	20	=	7 124		
							23 872	23 872	„
								25 300	„

Bilanz zum 31. Dezember 1902.

Aktiva.			Passiva.		
Kapitalkonto			**Kapitalkonto**		
Nicht eingefordert auf Grundkapital . .		15 000	Grundkapital		115 000
Rückständige Einlagen der pers. haftenden Gesellschafter:			Guthaben des A.: 5 700 + 2 838		8 538
Rückstand am 31./12. 1901 — Zugeschrieben			„ „ B.: 23 760 + 1 852		25 612
C. 4 350 — 1 798 =		2 552	Einlageversprechen des C.		30 000
D. 21 000 — 10 260 =		10 740	„ „ D.		40 000
E. 22 650 — 7 124 =		15 526	„ „ E.		60 000
Verschiedene Sachen und Forderungen . . .		205 758	**Reservefonds**		
Gewinn- und Verlustkonto			Guthaben der Kommanditistengesamtheit 6 410 + 840 =	7 250	
Gewinnvortrag für Kommanditistengesamtheit	2 500		„ des A. 300 + 162 =	462	
Jahresverlust 144 000			„ „ B. 240 + 148 =	388	
Verlustanteil der Kommanditistengesamtheit	48 000		„ „ C. 350 + 202 =	552	
„Verlust" (§ 261 Ziff. 6) . . .	45 500	45 500	„ „ D. 1 000 + 540 =	1 540	
Verlustanteil der pers. haftenden Gesellschafter	96 000		„ „ E. 650 + 376 =	1 026	
Zuzüglich Entnahmen	4 392			11 218	11 218
	100 392	100 392	Guthaben des C. auf Sonderkonto		5 100
			Verschiedene Verbindlichkeiten		100 000
		395 468			395 468

Der Bilanzverlust der **Kommanditistengesamtheit** ist wie folgt verteilt:

Aus Reservefonds	7 250
Verlustvortrag für Kommanditistengesamtheit	38 250
	45 500

Der Verlustanteil der **persönlich haftenden Gesellschafter**, zuzüglich des vorweg Entnommenen, ist wie folgt verteilt:

	Verlustanteil		Entnahme		Abgeschr. auf Ref.Fds.		Abgeschr. auf Kapitalkonto		
A.	12 000	+	300	=	462	+	11 838		
B.	8 000	+	1 040	=	388	+	8 652		
C.	12 000	+	0	=	552	+	11 448		
D.	40 000	+	1 232	=	1 540	+	39 692		
E.	24 000	+	1 820	=	1 026	+	24 794		
					3 968	+	96 424	=	100 392

Die „nicht in Aktien bestehenden" Kapitalanteile (§ 329 Abs. 1) betragen am 1. Januar 1903 (oben Anm. I b, drittes Geschäftsjahr):

A.		— 3 300
B.	+ 16 960	
C.	+ 16 000	
D.		— 10 482
E.	+ 19 680	

52 640 — 13 782 = 38 908 Mk.

Da dieser Betrag zwar kleiner ist als der Bilanzverlust (45 500), aber größer als der Verlustvortrag für die Kommanditistengesamtheit (38 250), so sind die persönlich haftenden Gesellschafter B, C, E nach § 122 Abs. 1, § 329 Abs. 1 für berechtigt zu erachten, im Laufe des Jahres 1903 zusammen bis zu 38 908 — 38 250 = 658 Mk. zu entnehmen, und zwar — im **inneren** Verhältnis von B, C und E — jeder von ihnen wohl im Verhältnis der Höhe der Guthaben zu einander.

IV. Auflösung, Ausscheiden, Liquidation (§§. 330, 331).

§. 330. **Auflösung. Ausscheiden.**

In Betreff der Thatsachen, durch welche die Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Aktien herbeigeführt wird, sowie in Betreff des Ausscheidens eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern aus der Gesellschaft finden die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften mit folgenden Maßgaben Anwendung.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge; die Gläubiger eines Kommanditisten sind nicht berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen.

Für die Kündigung durch die Kommanditisten sowie für ihre Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft ist ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Das Gleiche gilt in Betreff des Antrags auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse für die Beschlußfassung aufstellen.

Das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern kann außer dem Falle der Ausschließung nur stattfinden, soweit es im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist.

Die Auflösung der Gesellschaft sowie das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters ist von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift des §. 143 Abs. 3 findet Anwendung.

A.D.H. Art. 175a Ziff. 6, 199, 200. **Entw. I** §. 301. **Entw. II** §. 321.

§. 330.

I. **Auflösung der Gesellschaft.** Vgl. §. 320 Anm. Vc 12.

a. **Umfang der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft** (§. 330 Abs. 1). Nur bezüglich der einzelnen Auflösungs g r ü n d e, nicht auch bezüglich der F o l g e n der Auflösung erklärt §. 330 Abs. 1 die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften für anwendbar (Denkschr. 180). Die Vorschriften sowohl des §. 330 Abs. 2 wie des §. 330 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 ergeben sich als Folgerungen daraus, daß die Vorschriften über die Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, soweit sie ü b e r h a u p t anwendbar sind (§. 320 Abs. 2, §. 330 Abs. 1), nur in der Weise Anwendung finden können, daß die Kommanditisten g e s a m t h e i t der K.A.G. wie e i n Kommanditist der K.G. behandelt wird (§. 320 Anm. III a). — Über die einzelnen Auflösungsgründe vgl. §. 320 Anm. VI d, f 11, §. 330 Anm. I b, c. Insbesondere über die Frage der Anwendbarkeit des §. 177 vgl. §. 320 Anm. VI d 1 δ. Über die Folgen der Auflösung vgl. §. 320 Anm. VI l, §. 331.

b. **Konkurs des Kommanditisten oder Kündigung durch Gläubiger eines Kommanditisten** (§. 330 Abs. 2). Daß in beiden Fällen k e i n e Auflösung der K.A.G. eintrete, bestimmt §. 330 Abs. 2, um klarzustellen, welche Beschränkung sich bei Anwendung

des §. 131 Ziff. 5 (vgl. §. 161 Anm. IIb 19) und des §. 135 (vgl. §. 161 Anm. IIb 23) auf die K.A.G. ergiebt. Die §§. 131 Ziff. 5, 135 würden entsprechend anwendbar sein auf Gläubiger und einen Konkurs der Kommanditistengesamtheit (Cosack §. 123 IX 1 b; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 15); doch ist im Gesetz die Möglichkeit von Schulden der Kommanditistengesamtheit nicht ins Auge gefaßt (vgl. z. B. §. 328 Anm. IVb).

c. **Entschließungen der Kommanditisten betreffs Auflösung** (§. 330 Abs. 3). Der §. 330 Abs. 3 behandelt die drei Fälle der Kündigung der Gesellschaft durch die Kommanditisten (§§. 132, 134, 131 Ziff. 6), der Zustimmung der Kommanditisten zu einer Vereinbarung über Auflösung (§. 131 Ziff. 2, Denkschr. 180) und des Antrages der Kommanditisten auf Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (§§. 133, 131 Ziff. 6). Entsprechendes muß auch von der Beteiligung der Kommanditisten an einem Antrag auf Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters gelten (§. 140; vgl. §. 330 Abs. 4; dagegen Pinner Anm. IV). In allen diesen Fällen ist nicht die Erklärung eines einzelnen Kommanditisten, sondern nur die Erklärung der Kommanditistengesamtheit erheblich. Für diese Erklärung ist nach der Bestimmung des §. 330 ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich. Die in §. 330 Abs. 3 hierfür vorgeschriebene erschwerte Mehrheit entspricht derjenigen, welche der §. 292 Ziff. 2 für den Auflösungsbeschluß bei der Aktiengesellschaft erfordert (Denkschr. 180, §. 292 Anm. Ib). Die persönlich haftenden Gesellschafter können auch bezüglich ihrer Kommandit-Anteilrechte („Aktien") nicht bei der Beschlußfassung vertreten sein (§. 327 Abs. 1; vgl. §. 324 Anm.). Der §. 330 Abs. 3 bestimmt nichts darüber, ob für die Wirkung der Willenserklärung der Kommanditistengesamtheit nach außen, gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. dem Gericht, die Fassung des Beschlusses auch genügend ist, oder ob noch die Übermittelung dieser Erklärung durch die Vertretungsbehörde der Kommanditistengesamtheit, in der Regel den Aufsichtsrat, hinzukommen muß. Für die an das Gericht zu stellenden Anträge auf Auflösung oder Ausschließung ist eine hinzukommende Übermittelung durch den Aufsichtsrat oder besonders gewählte Vertreter (§. 328 Abs. 2) jedenfalls erforderlich. Das Gleiche wird aber auch von den anderen in §. 330 Abs. 3 behandelten Erklärungen zu gelten haben (vgl. §. 250 Anm. Vc 1; ebenso Pinner Anm. II 2 und Staub 7. Aufl. Anm. 11 bezüglich der Kündigungserklärung); auch die Zustimmung zur Auflösung ist eine selbständige Vertragsabschluß-Erklärung, keine unselbständige Zustimmungserklärung der in §. 250 Anm. Vc 2 erwähnten Art.

II. **Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter.** Vgl. §. 320 Anm. Vc 13. Im Ausscheiden liegt keine Satzungsänderung (§. 320 Anm. Vc 13, §. 322 Anm. I).

a. **Die anzuwendenden Vorschriften** sind nach §. 330 Abs. 1 diejenigen über die Kommanditgesellschaft mit der Maßgabe in §. 330 Abs. 4.

1. Ausschließung. Der §. 330 Abs. 4 enthält keine Maßgabe bezüglich des Falles der Ausschließung (§. 140); hierfür sollen daher die Vorschriften über die Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters ohne Maßgabe zur Anwendung kommen; soweit hierbei eine Mitwirkung der Kommanditisten erforderlich, ist §. 330 Abs. 3 entsprechend anzuwenden (oben Anm. Ic).

2. Die sonstigen Fälle des Ausscheidens. Ein Ausscheiden in anderen Fällen als demjenigen der Ausschließung ist nach §. 330 Abs. 4 nur zulässig, wenn in der Satzung gestattet. Dies gilt sowohl von einem Ausscheiden gemäß Vereinbarung mit dem Ausscheidenden wie auch von dem Ausscheiden ohne seinen Willen (§. 141). Eine in die Satzung aufgenommene Vereinbarung, daß wenn ein Gesellschafter kündige oder sterbe oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet werde, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§. 138), ist als genügende Satzungsfestsetzung über das „Ausscheiden" eines

Gesellschafters anzusehen; der §. 138 wird daher durch §. 330 Abs. 4 nicht berührt. Über die Frage, ob §. 330 Abs. 4 die Anwendung des §. 139 Abs. 2 (Ausscheiden des gemäß Satzungsbestimmung die Gesellschaft fortsetzenden Erben, wenn ihm Stellung als Kommanditist nicht eingeräumt) hindert, oder ob vielmehr der Fall des §. 139 Abs. 2 ebenso wie der Fall der Ausschließung eine Ausnahme von der Regel des §. 330 Abs. 4 bildet, vgl. §. 320 Anm. VI d 9. — Ob die Bestimmung in der ursprünglichen Satzung oder durch spätere Satzungsänderung getroffen, ist unerheblich (§. 182 Anm. I, §. 275 Anm. I c; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 28, Pinner Anm. III, Litthauer Anm. b). Zulässig ist, daß die Satzung das Ausscheiden nur für bestimmte Fälle oder nur unter bestimmten Bedingungen freigiebt („soweit"). — Eine Vereinbarung über das Ausscheiden, welche sich nicht innerhalb des durch die Satzung etwa für zulässig Erklärten hält, ist nichtig (Denkschr. 181).

b. **Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters.** Der §. 330 Abs. 1 erklärt für entsprechend anwendbar die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft auf das Ausscheiden eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschafters. „Daß sowohl die Ausschließung als jedes sonstige Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters nur möglich ist, wenn mindestens noch ein anderer Gesellschafter dieser Art übrig bleibt, ist selbstverständlich und braucht nicht besonders im Gesetz ausgesprochen zu werden" (Denkschr. 181; §. 320 Abs. 1, §. 131 Anm. I h, §. 161 Anm. II b 19); über die Frage, ob §. 142 entsprechend anwendbar, vgl. §. 320 Anm. VI d 12. Der Tod des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters hat die Auflösung der Gesellschaft nicht stets, sondern nur dann zur Folge, wenn dessen Erben nicht an seine Stelle treten (vgl. Johow XI, 34, oben §. 320 Anm. VI d 9).

III. **Ausscheiden von Kommanditisten.**

a. **Ausscheiden einzelner Kommanditisten.** Für das Ausscheiden einzelner Kommanditisten sind nicht die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft, sondern diejenigen über das Ausscheiden von Aktionären der Aktiengesellschaft maßgebend (§. 330 Abs. 3); vgl. über Austritt: §. 250 Anm. III c 1, Übertragung: §. 179 Anm. II c, Verwirkung: §. 212 Anm. I d, Verlustigerklärung: §. 219 Anm. III, Einziehung: §. 227, Enteignung bei Zusammenlegung: §. 290.

b. **Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit?** Unter Ausscheiden wird verstanden, daß der Ausscheidende aufhört Mitglied zu sein und daß gleichzeitig sein bisheriges Anteilrecht ohne Liquidation des Gesellschaftsvermögens sich in ein Forderungsrecht gegenüber der Gesellschaft verwandelt. Zweifelhaft kann sein, ob die Fortsetzung der bisherigen Rechtspersönlichkeit trotz der durch Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit eintretenden Änderung der Gesellschaftsform an sich zulässig wäre (vgl. §. 131 Anm. I i, §. 330 Abs. 1, §. 320 Anm. III a). Jedenfalls aber stehen die öffentlichrechtlichen Liquidationsvorschriften dem Ausscheiden ohne Liquidation entgegen (Staub 7. Aufl. §. 334 Anm. 7). Da das einzelne Mitglied, mithin auch die Kommanditistengesamtheit, kein Eigentum an einem bestimmten Bruchteil des Gesellschaftsvermögens hat, so ist auch nicht gangbar der Ausweg, daß etwa nur der auf die Kommanditistengesamtheit entfallende Vermögensbruchteil zu liquidieren sei. — Bei vollständigem Fortfall der Kommanditistengesamtheit (z. B. durch Einziehung aller Kommanditanteile) fällt der letztere Grund fort, da in diesem Fall ohnedies keine Liquidation nach aktienrechtlichen Vorschriften eintreten kann (§. 292 Anm. I d); in diesem Fall hängt mithin die Entscheidung davon ab, ob bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (§. 330 Abs. 1) das Ausscheiden des einzigen Kommanditisten (§. 320 Anm. III a) ohne Auflösung der Gesellschaft für zulässig erachtet wird (§. 131 Anm. I i). Keinesfalls wird bei Fortfall der Kommanditistengesamtheit irgend ein Teil des Gesellschaftsvermögens herrenlos (Staub 7. Aufl. Anm. 25).

IV. **Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden** (§. 330 Abs. 5). Vgl. §. 143 Anm. I—III, §. 293 Anm. II—IV. Der §. 330 Abs. 5 soll eine Abweichung von §. 143 (vgl. §. 162 Abs. 3) nur insoweit enthalten, daß in §. 143 Abs. 1 und 2 das Wort „Gesellschafter" ersetzt wird durch „persönlich haftender Gesellschafter". Daß in §. 330 Abs. 5 — abweichend von §. 143 Abs. 1 — die Ausnahme nicht besonders hervorgehoben ist, daß eine Anmeldung der Auflösung nicht erforderlich ist, wenn sie infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, beruht vermutlich auf der Erwägung, daß diese Ausnahme ohnedies auf Grund des §. 293 (§. 320 Abs. 3) auch für die K.A.G. Platz greife (vgl. Denkschr. 180).

Liquidatoren.

§. 331.

Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, erfolgt die Liquidation durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und durch eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren.

Zu dem Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter befugt.

A.D.H. Art. 205 Abs. 1, 206. **Entw. I** §. 302. **Entw. II** §. 322.

§. 331.

I. **Liquidation.** Über die Frage, ob neben Vorschriften über die A.G. Vorschriften über die K.G. anwendbar sind, vgl. §. 320 Anm. Vc 14. Über die Anwendbarkeit der einzelnen in Betracht kommenden Vorschriften vgl. §. 320 Anm. VI d 15—22, I 3 ff.

II. **Berufung von Liquidatoren.** Der §. 331 Abs. 1 ersetzt für die K.A.G. den für die A.G. geltenden §. 295 Abs. 1, der §. 331 Abs. 2 ergänzt den §. 295 Abs. 2, 3.

a. **Durch Gesetz.** Liquidatoren sind bei der K.A.G. die sämtlichen persönlich haftenden Gesellschafter (§. 146 Anm. I) und ein oder mehrere von der Generalversammlung Gewählte (§. 331 Abs. 1). Der §. 146 Abs. 1 Satz 2, wonach mehrere Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben, und der §. 146 Abs. 3, wonach bei Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters der Konkursverwalter an dessen Stelle tritt, sind in Ergänzung des §. 331 Abs. 1 auch hier für anwendbar zu erachten (§. 320 Abs. 2). Wieviele Personen die Generalversammlung wählen will, bleibt ihr überlassen; die Wahl bedarf nicht der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§. 327 Anm. III a 1), da die Generalversammlung hierbei noch in höherem Grade als bei Bestellung des Aufsichtsrats vorzugsweise das besondere Interesse der Kommanditistengesamtheit wahrnimmt, wenngleich die Gewählten durch die Wahl Mitglieder einer Behörde der Kommanditaktiengesellschaft werden. Die Wahl kann vor oder nach Auflösung erfolgen (vgl. §. 295 Anm. I b). Sie ist ein Recht, keine Pflicht der Generalversammlung (Staub 7. Aufl. Anm. 17); man wird daher wohl annehmen müssen, daß, bis eine Wahl erfolgt, die persönlich haftenden Gesellschafter allein als Liquidatoren amten können.

b. **Durch Satzung.** Eine etwaige Satzungsbestimmung geht auch bei der K.A.G. dem Gesetz vor (§. 331 Abs. 1; vgl. §. 295 Anm. I b, §. 146 Anm. II).

c. **Durch gerichtliche Ernennung.** Der §. 295 Abs. 2 mit der zusätzlichen Bestimmung des §. 331 Abs. 2 findet Anwendung (§. 320 Abs. 3).

III. **Abberufung von Liquidatoren.**

a. **Durch Generalversammlungsbeschluß.** Eine Abberufung der durch gerichtliche Ernennung berufenen Liquidatoren kann, wie bei der A.G. (§. 295 Abs. 3), so auch bei der K.A.G. (§. 320 Abs. 3) nicht durch Generalversammlungsbeschluß erfolgen. Ebensowenig nach der in §. 295 Anm. II a vertretenen Ansicht eine Abberufung der

durch Satzung berufenen Liquidatoren. Für die K.A.G. ist aber der §. 295 Abs. 3 Satz 2 noch weiter dahin einzuschränken, daß auch nicht diejenigen Liquidatoren kraft Gesetz, welche in ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafter berufen sind, abberufbar durch einfachen Generalversammlungsbeschluß sind (Staub 7. Aufl. Anm. 17); denn die Bestimmung des §. 295 Abs. 3 Satz 2 entspricht der Bestimmung des §. 295 Abs. 1, wonach durch Beschluß der Generalversammlung andere als die gesetzlich berufenen Liquidatoren bestellt werden können, diese Bestimmung des §. 295 Abs. 1 gilt aber für die K.A.G. nicht, sondern ist durch §. 331 Abs. 1 ersetzt. Der §. 295 Abs. 3 Satz 2 ist daher bei der K.A.G. nur in der Beschränkung anwendbar, daß diejenigen unter den kraft Gesetz berufenen Liquidatoren, welche gemäß §. 331 Abs. 1 in ihrer Eigenschaft als Gewählte der Generalversammlung berufen sind, durch die Generalversammlung abberufen werden können. Auch deren Abberufbarkeit verneint Staub 7. Aufl. Anm. 17 gegen Ring Art. 205 Anm. 1; jedoch wohl zu Unrecht; der Fall entspricht demjenigen der Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrats, welche einseitig durch die Generalversammlung erfolgen kann, trotzdem auch der Aufsichtsrat Gesellschaftsbehörde ist (§. 327 Anm. III a 1); durch die Abberufung der gewählten Liquidatoren werden auch nicht die übrigen Liquidatoren lahmgelegt, da, solange keine Neuwahl stattfindet, die übrigen Liquidatoren allein amten können (oben Anm. II a).

b. **Durch Beschluß der Generalversammlung und übereinstimmende Erklärungen aller persönlich haftenden Gesellschafter** (bezw. der Erben oder des Konkursverwalters) sind abberufbar nicht nur die von der Generalversammlung gewählten Liquidatoren (oben zu a), sondern auch diejenigen, welche kraft ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafter durch Gesetz als Liquidatoren berufen sind (§§. 147, 320 Abs. 2, Staub 7. Aufl. Anm. 17); aber wohl nicht auch die durch das Gericht ernannten (vgl. §. 295 Abs. 3 Satz 2).

c. **Durch das Gericht.** Der §. 295 Abs. 3 Satz 1 mit der zusätzlichen Bestimmung des §. 331 Abs. 2 findet Anwendung (§. 320 Abs. 3).

V. Umwandlung in A.G. (§§. 332—334).

§. 332. **Umwandlungsbeschluß.**

Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.

Die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags finden Anwendung.

Die Antheile der der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. In dem Beschlusse sind die zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln, insbesondere die Firma sowie die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, festzusetzen.

A.D.H. Art. 206a Abs. 1, 2, 3 Satz 1, 3. **Entw. I** §. 303. **Entw. II** §. 323.

§. 332.

I. **Umwandlung der K.A.G. in eine A.G.** Die §§. 332—334 behandeln den Fall der Umwandlung ohne Auflösung (§. 333 Abs. 3). Sie sind übernommen aus Art. 206a A.D.H. „mit einer Anzahl meistens untergeordneter, zum Teil nur die Fassung be-

treffender Änderungen" (Denkschr. 182). Für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer A.G. durch Übertragung ihres Gesellschaftsvermögens an eine neu gegründete K.A.G. sind §§. 305, 306 (§. 320 Anm. VI 1 14, 15) maßgebend. Eine Umwandlung der K.A.G. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne Liquidation unter entsprechender Anwendung der §§. 80, 81 Ges. betr. G. m. b. H. ist für zulässig zu erachten (§. 320 Anm. V a; dagegen Staub 7. Aufl. §. 334 Anm. 9). Dagegen ist unzulässig die ohne Auflösung erfolgende Umwandlung einer K.A.G. in eine offene Handelsgesellschaft durch Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit oder in eine gewöhnliche Kommanditgesellschaft durch Verwandlung der Kommanditistengesamtheit in einzelne Kommanditisten (ebenso Pinner §. 332 Anm. I 2, Staub 7. Aufl. §. 334 Anm. 7), da einem Ausscheiden der Kommanditistengesamtheit die Liquidationsvorschriften entgegenstehen (§. 330 Anm. III b). Nach früherem Recht wurde in Johow V, 38, VI, 64 eine Umwandlung der K.A.G. in eine K.G. ohne Änderung der Rechtspersönlichkeit für zulässig erachtet.

II. **Umwandlungsbeschluß.**

a. **„Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter."** Durch diese Fassung soll nichts anderes ausgedrückt werden als was in §. 327 Abs. 2 unter „Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu dem Beschluß der Generalversammlung" verstanden ist (ebenso Rudorff, Pinner Anm. II, Staub 7. Aufl. Anm. 2). In beiden Fällen handelt es sich nicht um gemeinsame Beschlüsse, sondern um mehrere an sich selbständige (§. 327 Anm. III b), aber inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen der mehreren Beteiligten (persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditistengesamtheit); nur muß die Beurkundung der mehreren Erklärungen eine gemäß §. 327 Abs. 4 zusammenhängende sein.

b. **Die Vorschriften über eine Satzungsänderung finden Anwendung.** Mithin sind maßgebend §. 274 Abs. 1 (§. 327 Abs. 2) für Übertragung von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrat, §. 274 Abs. 2 (unter Umständen auch §. 275 Abs. 3 Satz 2) für Ankündigung der Tagesordnung, §. 275 (vgl. §. 327 Abs. 1) mit den zusätzlichen Bestimmungen in §. 332 Abs. 3 für die Erfordernisse des Umwandlungsbeschlusses, insbesondere die erforderlichen Mehrheiten, und §. 277 (§. 325 Ziff. 1) mit den Maßgaben in §. 333 für die Anmeldung, Eintragung, Bekanntmachung des Umwandlungsbeschlusses und die Wirkung der Eintragung oder Nichteintragung. — Wird als Durchführungsmaßregel eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals beschlossen, so sind auch die für Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschlüsse maßgebenden Vorschriften zu beobachten. — Daß die gemäß §. 333 Abs. 2 bei Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses mitzuüberreichende Bilanz durch den Umwandlungsbeschluß (so Staub 7. Aufl. Anm. 5) oder auch nur in derselben Generalversammlung genehmigt werden muß, ist nicht vorgeschrieben, mithin nicht erforderlich (Pinner §. 333 Anm. III 3). Die Bilanz kann — wenn nur die Frist des §. 333 Abs. 2 eingehalten wird — sowohl vor wie nach dem Umwandlungsbeschluß festgestellt werden; die Absicht der Denkschr. 182, daß die Bilanz den Kommanditisten bei Fassung des Umwandlungsbeschlusses vorliege und als Grundlage für deren Entschließung diene, hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden (Simon, Bilanzen §. 122).

c. **Die für den Generalversammlungsbeschluß erforderliche Mehrheit.** Liegen im Einzelfall nicht etwa die Voraussetzungen des §. 275 Abs. 2, 3 vor, so sind maßgebend §. 275 Abs. 1 und §. 332 Abs. 3 Satz 1. Hiernach sind erforderlich:

1. Einfache Stimmenmehrheit (§. 275 Anm. I b 2).
2. Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§. 275 Anm. I b 1) in Ermangelung einer anderen Satzungsbestimmung (§. 275 Anm. I c). Nur diejenigen Grundkapitalanteile, welche nicht in Händen von

persönlich haftenden Gesellschaftern sind, können „bei der Beschlußfassung vertreten" sein (§. 327 Abs. 1).

3. Bestehen der zustimmenden Mehrheit aus mindestens einem Viertel des überhaupt vorhandenen nicht auf „Aktien" der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Grundkapitals (§. 332 Abs. 3 Satz 1). Vgl. §. 324 Anm.

d. **Festsetzung der zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln** (§. 332 Abs. 3 Satz 2). Vgl. §. 288 Anm. IV d. In Betracht kommen namentlich die erforderlichen Änderungen der Satzung und die etwaigen besonderen Abreden über Auseinandersetzung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern. Ist mit der Umwandlung eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals verbunden, so sind auch diese Maßregeln im Umwandlungsbeschluß festzusetzen. Zwei Satzungsänderungen, deren Notwendigkeit stets vorliegt, sind besonders im Gesetz hervorgehoben, Festsetzung der Firma (§. 22 Abs. 1 Satz 2, §. 182 Abs. 2 Ziff. 1) und der Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§. 182 Abs. 2 Ziff. 4, §. 322 Abs. 1). Sind keine besonderen Abreden über Auseinandersetzung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern getroffen, so sind die gesetzlichen Bestimmungen maßgebend, und eine besondere Erwähnung im Umwandlungsbeschluß ist dann nicht erforderlich (Pinner Anm. III 4, Staub 7. Aufl. Anm. 8). Über die Frage, ob den Kommanditisten eine Zuzahlung auferlegt oder ihnen die Wahl zwischen Zuzahlung und Benachteiligung gestellt werden darf, vgl. §. 276 Anm. V.

§. 333.

Anmeldung. Fortbestehen als A.G.

Bei der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses sind zugleich die Mitglieder des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über ihre Bestellung ist beizufügen; bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung dieser Abschrift nicht. Auf die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des §. 14 keine Anwendung.

Der Anmeldung ist eine von der Generalversammlung genehmigte, für einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellte Bilanz beizufügen. Auf diese Bilanz finden die Vorschriften des §. 261, des §. 263 Abs. 1 und des §. 264 Anwendung.

Mit der Eintragung scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort.

A.D.H. Art. 206a Abs. 3 Satz 1, 2, Abs. 4 Satz 1. **Entw. I** §. 304. **Entw. II** §. 324.

§. 333.

I. **Anmeldung.**

a. **Anmeldungspflichtig** sind (§. 277 Abs. 1, §. 332 Abs. 2) die persönlich haftenden Gesellschafter (§. 325 Ziff. 1) in vertretungsberechtigter Zusammensetzung (§. 277 Anm. Ib, §. 325 Anm. V; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 1).

b. **Ausschluß der Erzwingung durch Ordnungsstrafen.** Vgl. §. 319 Anm. III. Dieser Ausschluß würde bereits aus §. 332 Abs. 2 in Verbindung mit §§. 277 Abs. 1, 319 Abs. 2 folgen, ist aber in §. 333 Abs. 1 Satz 3 noch besonders hervorgehoben.

c. **Inhalt** der Anmeldung sind der Umwandlungsbeschluß und die Personen der Vorstandsmitglieder (§. 333 Abs. 1 Satz 1). Beide Anmeldungen sind nach Eintragung im Hauptregister auch zu den Zweigregistern zu bewirken. Eine Anmeldung der zur Durchführung des Umwandlungsbeschlusses in letzterem beschlossenen Satzungsänderungen (§. 332 Anm. II d) liegt bereits in der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses. — Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zu zeichnen (vgl. §. 195 Abs. 4, §. 234 Abs. 3).

d. **Beizufügende Urkunden** sind:

1. Das Protokoll (§. 277 Anm. I f 1) mit etwaigem Anhang (§. 327 Abs. 4), aus denen der Umwandlungsbeschluß der Generalversammlung und die Zustimmungserklärungen der persönlich haftenden Gesellschafter hervorgehen müssen.
2. Die Urkunden über die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§. 333 Abs. 1 Satz 2). Vgl. §. 195 Anm. I f 8. Diese Urkunden brauchen bei Anmeldung zu den Zweigregistern nicht beigefügt zu werden; dagegen hat die Anmeldung selbst auch zu letzteren zu erfolgen (oben Anm. I c). Ist die erstmalige Bestellung der Vorstandsmitglieder Teil des Umwandlungsbeschlusses, z. B. wenn in demselben als Teil des Übereinkommens zwischen den bisherigen persönlich haftenden Gesellschaftern und der Kommanditistengesamtheit die ersteren oder einige derselben zu Mitgliedern des ersten Vorstandes bestellt werden (K.B. 34), so bedarf es außer dem über den Umwandlungsbeschluß aufgenommenen Protokoll keiner weiteren Urkunden, es sei denn, daß nach Inhalt des Umwandlungsbeschlusses auch die erstmalige Bestellung der Vorstandsmitglieder in anderer Weise als durch Generalversammlungsbeschluß oder mit größeren Erschwerungen als den für den Umwandlungsbeschluß vorgesehenen erfolgen soll.
3. Eine Bilanz (§. 333 Abs. 2), welche für (§. 39 Anm. III) einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellt und durch Generalversammlungsbeschluß (unter Zustimmung der geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter; §. 327 Anm. III a 2, Staub 7. Aufl. Anm. 3) genehmigt ist. Über die Frage, ob die Genehmigung der Bilanz gleichzeitig mit dem Umwandlungsbeschluß geschehen muß, vgl. §. 331 Anm. II b. — In §. 333 Abs. 2 Satz 2 sind nur einzelne der auf die Jahresbilanz bezüglichen Vorschriften für anwendbar erklärt. Durch Anführung des §. 261 ist klargestellt, daß die aufzustellende Bilanz keine Liquidationsbilanz ist, sondern eine unter Voraussetzung der Fortsetzung des Betriebes aufgestellte Bilanz; insbesondere sind die Bewertungsvorschriften in §. 261 Ziff. 1—3 maßgebend, und auf die bevorstehende Verwandlung der Kapitalkonten der persönlich haftenden Gesellschafter in Schuldkonten ist nicht Rücksicht zu nehmen (Simon, Bilanzen S. 455). Zulässig ist es daher, der Anmeldung die regelmäßige Jahresbilanz beizufügen, wenn die Anmeldung innerhalb der ersten zwei Monate nach Schluß des Geschäftsjahrs erfolgt (Simon, Bilanzen S. 458). Andererseits ersetzt diese Bilanz, da sie für einen früheren Zeitpunkt als den der Eintragung (§. 277 Abs. 3, §. 333 Abs. 3) des Umwandlungsbeschlusses aufgestellt ist, nicht die für den Zeitpunkt dieser Eintragung demnächst von dem Vorstand der A.G. aufzunehmende (§. 39 Anm. II b) Eröffnungsbilanz (Simon, a. a. O. S. 455). Durch Anführung des §. 263 Abs. 1 ist die Pflicht der Auslegung des Bilanzentwurfs, durch Anführung des §. 264 die Anwendbarkeit der Vorschriften über Vertagung der Bilanzgenehmigung ausgesprochen. Man wird annehmen müssen, daß durch dies Herausgreifen einzelner auf die Jahresbilanz bezüglicher Vorschriften die Nichtanwendbarkeit der übrigen ausgesprochen werden sollte. Nicht anwendbar sind daher §. 260 Abs. 1 (Feststellung durch Generalversammlung; ersetzt durch §. 333 Abs. 2 Satz 1), §. 260 Abs. 2 (vorherige Vorlegung an den Aufsichtsrat; vgl. jedoch Denkschr. 182: „nach den für die ordent-

liche Jahresbilanz maßgebenden Regeln zur Genehmigung vorzulegen"), §. 263 Abs. 2, 3 (Abschriftenteilung an Aktionäre; ebenso Pinner Anm. III 2, Staub 7. Aufl. §. 332 Anm. 5), §. 265 (Veröffentlichung; ersetzt durch §. 334 Abs. 1), §§. 266, 267 (Revisoren zur Prüfung der Bilanz).

4. Im Fall des §. 276 die Zustimmungserklärungen der einzelnen Kommanditisten. Vgl. §. 277 Anm. I f 2.
5. Genehmigungsurkunden, wenn im Einzelfall erforderlich. Vgl. §. 277 Anm. I f 3.

II. **Eintragung.**

a. **Welche Thatsachen einzutragen und durch das Gericht zu veröffentlichen,** ergiebt §. 277 Abs. 2 (§. 332 Abs. 2).

b. **Wirkung der Eintragung.** Maßgebend ist §. 277 Abs. 3 (§. 332 Abs. 2) in Verbindung mit §. 333 Abs. 3. Der Umwandlungsbeschluß hat mithin keine Wirkung, bevor er bei dem Registergericht des Sitzes der K.A.G im Handelsregister eingetragen worden ist. Von dem Zeitpunkt der Eintragung in diesem Register sind die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschieden, und die Gesellschaft besteht nunmehr als A.G. fort. Es tritt keine Änderung der Rechtspersönlichkeit ein (ebenso Staub 7. Aufl. §. 332 Anm. 1); daher bedarf es keiner Übertragung einzelner Vermögensstücke; die A.G. haftet für die Verbindlichkeiten der bisherigen K.A.G.; auch bleibt der bisherige Aufsichtsrat im Amte (Pinner Anm. V). Betreffs der fortdauernden Haftung der ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter sind §§. 159, 160 (§. 320 Abs. 2) maßgebend (Denkschr. 181).

§. 334. **Gläubigerschutz.**

Unverzüglich nach der Eintragung hat der Vorstand in den Gesellschaftsblättern die im §. 333 Abs. 2 vorgesehene Bilanz zu veröffentlichen.

Er hat unter Hinweis auf die Umwandlung die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haften den Gläubigern für die Beobachtung dieser Vorschriften als Gesammtschuldner, die Mitglieder des Aufsichtsraths, soweit eine Zuwiderhandlung mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

A.D.H. Art. 206a Abs. 5. **Entw. I** §. 305. **Entw. II** §. 325.

§. 334.

I. **Veröffentlichung der Umwandlungsbilanz** (§. 334 Abs. 1). Der neue Vorstand der A.G. hat in den Gesellschaftsblättern (§. 182 Anm. IV b 7) die Veröffentlichung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (B.G. §. 121) zu bewirken. — Die Pflicht ist nicht erzwingbar durch Ordnungsstrafe (Staub 7. Aufl. Anm. 1).

II. **Aufforderung der Gläubiger** (§. 334 Abs. 2). Vgl. §. 289 Anm. II.

III. **Befriedigung oder Sicherung von Gläubigern** (§. 334 Abs. 3). Vgl. §. 289 Anm. III. Auch hier sind, wie bei Herabsetzung des Grundkapitals, und abweichend von Verteilung

in der Liquidation — nur die sich **meldenden** Gläubiger zu berücksichtigen (Denkschr. 182). Zu den Gläubigern gehören auch die bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter wegen ihrer etwaigen Abfindungsforderungen. — Eine Sperrzeit ist nicht vorgeschrieben (Pinner Anm. II 2, Staub 7. Aufl. Anm. 5); doch greift §. 241 Abs. 3 Ziff. 5, §. 249 Abs. 3 und bei etwaiger gleichzeitiger Herabsetzung des Grundkapitals §. 289 Abs. 4 ein.

IV. **Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder** (§. 334 Abs. 4). Vgl. §. 306 Anm. III c 5. Die Vorstandsmitglieder haften dafür, daß den Vorschriften des §. 334 Abs. 1—3 nicht zuwidergehandelt wird, die Aufsichtsratsmitglieder (entsprechend dem §. 249 Abs. 3; vgl. §. 249 Anm. III) nur dafür, daß dies nicht mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten geschieht. Die Haftung ist — abweichend von §. 241 Abs. 4, §. 249 Abs. 3 — keine nur **ergänzende**. Der §. 241 Abs. 4 Satz 2 (Denkschr. 182) sowie die Verjährungsvorschriften des §. 241 Abs. 5 und §. 249 Abs. 4 sind für entsprechend anwendbar zu erachten. Für die Haftung der Gesellschaftsbeamten gegenüber der Gesellschaft sind die allgemeinen Vorschriften des §. 241 Abs. 1, 2, §. 249 Abs. 1, 2 maßgebend.

Fünfter Abschnitt.

Stille Gesellschaft.

§. 335.

Einlage des stillen, Rechtsstellung des haftenden Gesellschafters.

Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage betheiligt, hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.

Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.

A.D.H. Art. 250, 252 Abs. 1, 256. **Entw. I** §. 306. **Entw. II** §. 326.

§. 335.

I. **Verhältnis zur Gesellschaft des B.G. und zu den Handelsgesellschaften.**

a. Die stille Gesellschaft ist — ebenso wie die offene Handelsgesellschaft — **eine Unterart der Gesellschaft des B.G.**; auch die stille Gesellschaft fällt unter die Begriffsbestimmung des B.G. §. 705 (Denkschr. 183). Demgemäß **finden auch auf die stille Gesellschaft** — trotzdem dies, abweichend von §. 105 Abs. 2, nicht ausdrücklich hervorgehoben — **die Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft Anwendung, soweit in §§. 335—342 nicht ein Anderes bestimmt ist** (Denkschr. 183). Mit den Vorschriften der §§. 335—342 nicht verträglich, und mithin nicht anwendbar, sind z. B. die Vorschriften des B.G. über die im Zweifel eintretende Vermögensgemeinschaft bezüglich des von den Gesellschaftern Eingelegten, über die Bindung des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen der gesamten Hand, und über das Kündigungsrecht der Gesellschafter (Denkschr. 183).

Nachstehend eine Übersicht, inwieweit die einzelnen Vorschriften des B.G. über die Gesellschaft (abgedruckt oben S. 312) **als auf die stille Gesellschaft anwendbar zu erachten sind:**

1. **§. 705 B.G.** Begriff des Gesellschaftsvertrages. **Anwendbar.** Über den Begriff der stillen Gesellschaft vgl. unten Anm. II.
2. **§. 706 B.G.** Einlagen. Der §. 706 Abs. 1 **nicht anwendbar.** Die Einlage des haftenden Gesellschafters hat im Zweifel nicht gleich groß zu sein wie diejenige

des stillen Gesellschafters, wird vielmehr im Zweifel bestimmt durch den Betrag seines im Geschäft angelegten Vermögens zur Zeit des Beginns der stillen Gesellschaft. — Der §. 706 Abs. 2 nicht anwendbar (unten Anm. V c). — Der §. 706 Abs. 3 anwendbar auf den Beitrag des haftenden Gesellschafters. Auf den Beitrag des stillen Gesellschafters ist Abs. 3 nur mit der Beschränkung anwendbar, daß dessen Beitrag zwar auch (unten Anm. Va 2), aber nicht allein (unten Anm. Vb) in Diensten bestehen kann.

3. **§. 707 B.G.** Erhöhung des Beitrags oder der Einlage. Anwendbar (Denkschr. 184) mit der Maßgabe, daß der stille Gesellschafter die Ergänzung seiner durch Verlust verminderten Einlage aus seinen Gewinnanteilen zu dulden hat (H.G.B. §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2). Vgl. H.G.B. §. 111 Anm. I a. — Wie der einzelne Gesellschafter nicht zur Erhöhung des Einlageversprechens verpflichtet, so ist er im Zweifel auch nicht einseitig hierzu berechtigt (R.G. XXV, 48, Staub 7. Aufl. Anm. 29). Ist thatsächlich mehr Vermögen, als versprochen war, in das Geschäft gelegt oder dort belassen (vgl. z. B. H.G.B. §. 337), so erlangt der Mehrbetrag im Zweifel hierdurch nicht die Eigenschaft einer Einlage.
4. **§. 708 B.G.** Haftung für Sorgfalt. Anwendbar. Anders bei Abwickelung schwebender Geschäfte nach Auflösung der Gesellschaft (§. 340 Anm. II d 1).
5. **§§. 709—713 B.G.** Geschäftsführung. Nicht anwendbar (vgl. H.G.B. §. 338 Abs. 2). Doch ist es zulässig, im Einzelfall in den Gesellschaftsvertrag diese oder ähnliche Bestimmungen aufzunehmen (unten Anm. Va 2).
6. **§§. 714, 715 B.G.** Vertretungsmacht. Nicht anwendbar (H.G.B. §.335 Abs. 2).
7. **§. 716 B.G.** Nachprüfungs- und Einsichtsrecht jedes Gesellschafters. Der §. 716 Abs. 1 B.G. nicht anwendbar (H.G.B. §. 338 Abs. 2); ersetzt durch H.G.B. §. 338 Satz 1, 3. Über die Frage, ob §. 716 Abs. 2 B.G. mit der Beschränkung auf die in H.G.B. §. 338 Abs. 1 genannten Rechte anwendbar, vgl. H.G.B. §. 338 Anm. III.
8. **§. 717 B.G.** Beschränkte Übertragbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Anwendbar. Der Geschäftsinhaber kann daher — mangels gegenteiliger Vertragsbestimmung — durch Veräußerung des Handelsgeschäfts weder Rechte noch (so daß er frei wird) Pflichten aus dem Verhältnis zum stillen Gesellschafter auf den Erwerber übertragen; durch die Veräußerung wird in der Regel die Gesellschaft aufgelöst (B.G. §. 726); war die Veräußerung vertragswidrig, so tritt Schadensersatzpflicht ein (Staub 7. Aufl. Anm. 31). Der Veräußerung steht gleich der Eintritt oder Austritt von Gesellschaftern, wenn der Geschäftsinhaber nicht juristische Person (also z. B. Einzelkaufmann, o.H.G., K.G.) ist. Ist dagegen der Geschäftsinhaber juristische Person (z. B. A.G., K.A.G., G. m. b. H.), so berührt Eintritt oder Austritt von Mitgliedern nicht das Verhältnis zum stillen Gesellschafter. Auch in diesen Beziehungen kann Gegenteiliges vereinbart werden. — Über die Wirkung einer Übertragung einzelner oder aller Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis vgl. §. 105 Anm. I f 2, 3.
9. **§§. 718—720 B.G.** Gesellschaftsvermögen. Nicht anwendbar (unten Anm. V c, VII b).
10. **§. 721 B.G.** Rechnungsabschluß, Gewinn- und Verlustverteilung. Nicht anwendbar; ersetzt durch H.G.B. §. 337.
11. **§. 722 B.G.** Gewinn- und Verlustanteile. Der §. 722 Abs. 1 nicht anwendbar; ersetzt durch H.G.B. §. 336 Abs. 1. — Der §. 722 Abs. 2 anwendbar (H.G.B. §. 336 Anm. I).
12. **§§. 723, 724 B.G.** Kündigung durch Gesellschafter. Der §. 723 Abs. 1 Satz 1 und, soweit auf ihn bezugnehmend, §. 724 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch

H.G.B. §. 339 Abs. 1 Satz 1, §§. 132, 134. — Der §. 723 Abs. 1 Satz 2 und 3, und mit der Beschränkung auf vorstehende Bestimmungen auch Abs. 2 und 3 sind anwendbar (H.G.B. §. 339 Abs. 1 Satz 2); mit derselben Beschränkung auch §. 724.

13. **§. 725 B.G.** Pfändung des Gesellschaftsanteils durch Privatgläubiger. Der §. 725 Abs. 1 nicht anwendbar, sondern ersetzt durch H.G.B. §. 339 Abs. 1 Satz 1, §. 135. — Der §. 725 Abs. 2 anwendbar.

14. **§. 726 B.G.** Endigung durch Zweckerreichung oder deren Unmöglichkeit. Anwendbar (Denkschr. 185). Über Einstellung des Gewerbebetriebes durch den haftenden Gesellschafter vgl. §. 335 Anm. VIb, §. 339 Anm. Ib. Veräußert der haftende Gesellschafter sein Handelsgeschäft (oben zu 8), so macht er in der Regel hierdurch die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich. Zu beachten ist indessen, daß im B.G. zwischen Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes und der Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen eines Gesellschafters unterschieden ist. Im letzteren Fall tritt nicht von selbst Auflösung der Gesellschaft ein; vielmehr erlangt nur der andere Gesellschafter ein Recht zu fristloser Kündigung (B.G. §. 723 Abs. 1 Satz 2).

15. **§. 727 B.G.** Auflösung durch Tod eines Gesellschafters, falls nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergiebt. Der §. 727 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 3 anwendbar bei Tod des haftenden Gesellschafters (Denkschr. 185); nicht anwendbar bei Tod des stillen Gesellschafters (H.G.B. §. 339 Abs. 2). Ist vereinbart, daß die stille Gesellschaft mit den Erben des haftenden Gesellschafters fortgesetzt werden soll, so können die zur Erbschaft Berufenen den Eintritt in das Vertragsverhältnis zum stillen Gesellschafter nur durch Ausschlagung der Erbschaft abwenden. — Der §. 727 Abs. 2 Satz 2 anwendbar nur insoweit ausnahmsweise dem stillen Gesellschafter die Führung von Geschäften übertragen war (vgl. oben zu §§. 709—713).

Die Auflösung der Gesellschaft oder des Vereins, welche haftende Gesellschafter sind, stehen an sich dem Tode nicht gleich; vielmehr besteht die stille Gesellschaft mit dem in Liquidation befindlichen haftenden Gesellschafter fort (Staub 7. Aufl. S. 1006 Note 1, in ähnlichem Fall auch Johow XIV, 53, vgl. oben §. 177 Anm. IV, Behrend §. 94 Anm. 3, Lehmann H.G.B. §. 177 Nr. 2; dagegen R.G. v. 5. März 1881 bei Puchelt Art. 261 Anm. 2). Dem Tode gleich steht jedoch die Auflösung unter Liquidationsausschluß, weil dann der haftende Gesellschafter vollständig fortfällt (vgl. §. 177 Anm. IV). So bei der o.H.G. oder K.G., wenn Liquidationsausschluß vereinbart, sobald das Gesellschaftsvermögen verteilt ist (§. 158, §. 161 Anm. IIb 38); so bei Aufhören der A.G. durch Fortfall aller Mitglieder (§. 292 Anm. Id) oder durch Übertragung des Gesellschaftsvermögens unter Liquidationsausschluß (vgl. §. 304 Anm. I, IVd 1). Über Einstellung des Gewerbebetriebes vgl. oben zu 14.

Der Eintritt rechtlicher Unfähigkeit des haftenden Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung hat (abweichend vom früheren Recht, Art. 261 Ziff. 2 A.D.H.) nicht die Auflösung der Gesellschaft zur unmittelbaren Folge; doch wird jener Umstand in der Regel ein genügend wichtiger Grund zu sofortiger Kündigung sein (Denkschr. 185); unter Umständen kann auch jene Unfähigkeit die Erreichung des vereinbarten Zwecks unmöglich machen und mithin gemäß §. 726 die Endigung der Gesellschaft bewirken.

16. **§. 728 B.G.** Auflösung durch Konkurs eines Gesellschafters. Anwendbar (Denkschr. 185); auch im Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des stillen Gesellschafters (ebenso früher Art. 261 Ziff. 3 A.D.H.). Der in §. 728 Satz 2 angeführte §. 727 Abs. 2 Satz 2 ist im Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des haftenden Gesellschafters anwendbar nur insoweit ausnahms-

weise dem stillen Gesellschafter die Führung von Geschäften übertragen war. Der nicht in Konkurs befindliche Gesellschafter ist in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach B.G. §. 728 Satz 2 zustehen, Massegläubiger (K.O. §. 28).

17. **§. 729 B.G.** Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis. Anwendbar; auf den stillen Gesellschafter nur insoweit ihm ausnahmsweise die Führung von Geschäften übertragen war. Der geschäftsführende Gesellschafter ist — unbeschadet des ihm gemäß K.O. §. 51 (im Fall des stillen vgl. jedoch H.G.B. §. 341 Anm. II) zustehenden Absonderungsrechts am Auseinandersetzungsguthaben des Gemeinschuldners — Massegläubiger in Ansehung der ihm nach B.G. §. 729 zustehenden Ansprüche (K.O. §. 28).

18. **§§. 730—735 B.G.** Auseinandersetzung nach Auflösung. Nicht anwendbar (Denkschr. 186); ersetzt durch H.G.B. §. 340. Der §. 732 B.G. ist jedoch entsprechend anwendbar auf die vom stillen Gesellschafter dem haftenden Gesellschafter etwa (außer seiner anderweiten Vermögenseinlage, unten Anm. V b) zur Benutzung überlassenen Gegenstände; diese Gegenstände sind zurückzugeben, nicht etwa (vgl. §. 340 Anm. II b) nur ihr Wert zu berichtigen (R.G. v. 1. Novbr. 1893 J.W. 543).

19. **§§. 736—740 B.G.** Ausscheiden eines Gesellschafters, Ausschließung. Nicht anwendbar (vgl. §. 340 Anm. II a, Denkschr. 186). Bei der stillen Gesellschaft fallen Auflösung und Ausscheiden zusammen, da nur zwei Gesellschafter vorhanden sind (unten Anm. IV b, Denkschr. 186). Die Vorschriften des B.G. §. 740 sind aber sachlich übernommen in H.G.B. §. 340 Abs. 2, 3 (Denkschr. 186).

b. **Die stille Gesellschaft wird nicht von dem Begriff „Handelsgesellschaften" mitumfaßt** (H.G.B. Buch II Überschrift, P. 1166, Denkschr. 79, §. 6 Anm. III), weil ihr die Möglichkeit des Auftretens nach außen als Gesellschaft unter selbständiger Firma fehlt (Denkschr. 79).

c. **Von der Kommanditgesellschaft insbesondere unterscheidet sich die stille Gesellschaft** dadurch, daß die Kommanditgesellschaft auch nach außen als Gesellschaft hervortritt, eine besondere Firma führt und ein selbständiges Gesellschaftsvermögen besitzt, während die stille Gesellschaft in dem Vertragsverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts aufgeht (Denkschr. 182). Die stille Gesellschaft führt keine gemeinsame Firma (unten Anm. V a 2); der stille Gesellschafter haftet nicht unmittelbar — was beim Kommanditisten (wenngleich in beschränkter Höhe) der Fall (§. 161 Anm. I c 1) — den Gläubigern; die geleistete Einlage des stillen Gesellschafters bleibt nicht gemeinsames bezw. Gesellschaftsvermögen, sondern wird Alleinvermögen des haftenden Gesellschafters (unten Anm. II), und zwar letzteres nicht nur im Verhältnis nach außen, sondern sogar im inneren Verhältnis.

II. **Begriff.** Er ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, aber abzuleiten aus §§. 335, 336 (Denkschr. 183), genauer aus §. 335 Abs. 1, §. 336 Abs. 2, während §. 335 Abs. 2, §. 336 Abs. 1 nur Folgerungen aus dem Bestehen einer stillen Gesellschaft enthalten. Hiernach ist die stille Gesellschaft eine Gesellschaft (oben Anm. I a), deren Zweck (vgl. B.G. §. 705, H.G.B. §. 105 Abs. 1) auf den Betrieb eines Handelsgewerbes durch einen Gesellschafter („Geschäftsinhaber", „haftender Gesellschafter") in dessen Namen gerichtet ist, und bei der ein anderer Gesellschafter („stiller Gesellschafter") gegen Gewinnanteil sich verpflichtet, eine Vermögenseinlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des „Geschäftsinhabers" übergeht. — Nach der Fassung des §. 335 Abs. 1 könnte scheinen, es sei möglich, „stiller Gesellschafter" zu sein, wenn man sich an etwas Anderem als an dem von einem anderen betriebenen Handelsgewerbe und mit etwas Anderem als einer Vermögenseinlage beteilige; nur trete dann nicht die im Nachsatz des §. 335 Abs. 1 ausgesprochene Folge ein. Dies ist jedoch

nicht gemeint. Beteiligt sich jemand als „stiller Gesellschafter", so ist dies gleichbedeutend mit dem Vorliegen der vier unter sich durchaus gleichstehenden und nicht teils als Voraussetzung, teils als Folge hinstellbaren Merkmale der Beteiligung (über dieselben im einzelnen unten Anm. V):

1. „an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt" (§. 335 Abs. 1 Vordersatz),
2. „mit einer Vermögenseinlage" (§. 335 Abs. 1 Vordersatz),
3. mit der „Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht" (§. 335 Abs. 1 Nachsatz),
4. gegen „Anteil am Gewinn" (§. 336 Abs. 2).

Da in §. 335 Abs. 1 die Beteiligung „als stiller Gesellschafter" (und mithin das Vorliegen aller jener vier Merkmale) bereits als eine der Voraussetzungen genannt ist, so spricht §. 335 Abs. 1 — abgesehen davon, daß er nebenbei Teile der Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft erwähnt — nur den selbstverständlichen Satz aus, daß wer sich verpflichtet hat, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, diese Verpflichtung auch erfüllen muß (entsprechend §. 211; vgl. §. 211 Anm. IV).

Vorstehendes gilt, wenn in der That das zu 3 genannte Merkmal als Teil der Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft anzusehen ist. Ob dies aber richtig, ist zweifelhaft. In der Nürnberger Kommission wurde ein Antrag, abweichende Vertragsbestimmungen vorzubehalten, mangels Unterstützung zurückgezogen (P. 1090). Die Denkschr. 183 nennt unter den Vorschriften, aus denen der Begriff zu entnehmen ist, auch die des §. 335 Abs. 1 Nachsatz; allerdings auch die des §. 335 Abs. 2, welche letztere gewiß nicht Begriffsmerkmal, sondern Folgerung ist. Dagegen nimmt R.G. XLV, 38 für das frühere Recht — ohne Erwähnung des neuen — an, daß der dem §. 335 Abs. 1 Nachsatz entsprechende Art. 252 Abs. 1 A.D.H. nicht Bestandteil der Begriffsbestimmung, sondern nur eine durch Vertrag ausschließbare Folgerung sei; es sei z. B. zulässig, zu verabreden, daß die von beiden Gesellschaftern im Geschäftsbetrieb angelegten Kapitalien und sonstigen Vermögensgegenstände Miteigentum beider zu bestimmten Anteilen seien. Nach Denkschr. 183 aber sind die Vorschriften des A.D.H. nur „mit geringen sachlichen Änderungen" in das H.G.B. übernommen. Staub 7. Aufl. Anm. 12, der das obige Merkmal zu 3 in die Begriffsbestimmung nach neuem Recht aufnimmt, scheint der Ansicht zu sein, daß in dieser Beziehung das H.G.B. vom A.D.H. abweiche. — Aus der Fassung des §. 335 Abs. 1 ist nichts für die eine oder die andere Ansicht ableitbar, denn wenn allerdings das Merkmal zu 3 in den Nachsatz gestellt und mithin von den anderen Merkmalen äußerlich abgesondert ist, so steckt es doch möglicherweise auch im Vordersatz, verborgen unter den Worten „als stiller Gesellschafter"; wollte man voraussetzen, daß dies nicht der Fall, so wäre dies ein Voraussetzen des Gesuchten. Wäre die Absicht gewesen, lediglich die Merkmale im Vordersatz als zum Begriff gehörig herauszuheben, so hätte es nahe gelegen, den §. 335 dahin zu fassen:

> „Wer sich an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage [gegen Gewinnanteil] beteiligt (stiller Gesellschafter), hat die Einlage u. s. w."

Dies ist aber nicht geschehen. Da mithin der §. 335 Abs. 1 im Stich läßt, kann eine Entscheidung nur daraus abgeleitet werden, ob angenommen werden kann, der Gesetzgeber habe die Bestimmungen der §§. 335 Abs. 2, 336—342 auch für den Fall angewendet wissen wollen, daß verabredet wird, die Einlage solle nicht so geleistet werden, daß sie in das Alleineigentum des Geschäftsinhabers übergehe. Dies ist aber jedenfalls zu verneinen bezüglich der §§. 341, 342. Denn wenn das Eingelegte Miteigentum des stillen Gesellschafters geblieben, wäre — da die Schulden auf den Namen des haftenden Gesellschafters allein eingegangen — nicht einzusehen, warum der stille Gesellschafter kein Aussonderungsrecht, sondern nur das Recht als Konkursgläubiger hätte, und warum eine

vor Konkurseröffnung erfolgte Aussonderung seines Eigentums anfechtbar sein sollte. Auch §. 340 Abs. 1 setzt voraus, daß das Eingelegte in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergegangen ist; denn wie könnte dieser sonst verpflichtet werden, das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld herauszuzahlen, da er doch nicht die Macht hätte, ohne Mitwirkung des letzteren das gemeinschaftliche Eigentum zu versilbern. Entsprechendes gilt auch bezüglich des §. 337 Abs. 1, wenn hier — was doch wohl gemeint — zu „ausbezahlt" ergänzt wird „seitens des haftenden Gesellschafters". Unzweckmäßig aber wäre eine Auslegung des Gesetzes, welche dazu nötigen würde, einen großen Teil der Bestimmungen, welche für die „stille Gesellschaft" überhaupt gegeben sind, als nur auf einen Teil der Fälle dieser Gesellschaftsform anwendbar einzuschränken. Aus diesen Gründen wird im Gegensatz zu R.G. XLV, 38 daran festzuhalten sein, daß eine „stille Gesellschaft" nur vorhanden ist, wenn derjenige Gesellschafter, der nicht nach außen auftreten soll, verspricht, seine Vermögenseinlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergeht. Ist eine gegenteilige Vereinbarung getroffen, so ist diese allerdings nicht ungiltig (R.G. XLV, 39); nur liegt dann keine stille Gesellschaft, sondern eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts vor, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß dem Willen der Vertragschließenden gemäß — soweit dieser maßgebend — auch auf eine solche Gesellschaft einzelne der Bestimmungen des H.G.B. über die stille Gesellschaft oder über eine andere Gesellschaftsform anwendbar sein sollen. Übrigens wird kaum durchführbar sein — es sei denn etwa durch fortgesetzten Abschluß von Verträgen über die Leistung an einen Dritten — eine Gestaltung, wonach der haftende Gesellschafter nach außen allein berechtigt sein soll, beide Gesellschafter aber Miteigentum am Gesellschaftsvermögen, mithin auch an allen Eingängen, erwerben sollen.

III. **Gesellschaftsvertrag.** Vgl. §. 105 Anm. I d.

a. **Form.** Vgl. §. 105 Anm. I d 3. Eine bestimmte Form des Vertrages ist nicht vorgeschrieben, es gilt der im B.G. angenommene Grundsatz der Formfreiheit mit den dort bestimmten Ausnahmen (§. 105 Anm. I d 3). So bedarf z. B. der Vertrag gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, wenn der stille Gesellschafter ein Grundstück einzulegen verspricht (B.G. §. 313, Denkschrift 183, 195; vgl. jedoch auch B.G. §. 139).

b. **Vertrag das einzige Erfordernis.** Die Gesellschaft besteht, sobald der Vertrag geschlossen ist (§. 105 Anm. I d 4, II a, gegen das dort Ausgeführte Staub 7. Aufl. §. 105 Anm. 9), selbst wenn der bezweckte Betrieb noch nicht begonnen hat; die Fassung des §. 335 „das ein anderer betreibt" ist ungenau; eine diesbezügliche Abweichung von B.G. §. 705 ist nicht als beabsichtigt anzusehen. Ebenso besteht die stille Gesellschaft bereits vor Leistung der versprochenen Einlage (Staub 7. Aufl. §. 335 Anm. 12).

c. **Verhältnis des Gesellschaftsvertrags zum Gesetz.** Die Mehrzahl der Vorschriften in §§. 335 ff. sind nur vertragergänzende. Einzelne Besonderheiten jedoch sind der Abänderung durch Vertrag entzogen; so namentlich (vgl. Denkschr. 183, R.G. XLV 37) das Recht der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters und die hierbei zu beobachtende Kündigungsfrist (§§. 339, 135), die Pflicht des stillen Gesellschafters zur Einzahlung der rückständigen Einlage im Konkurse (§. 341 Abs. 2, O.L.G. Hamburg vom 21. Juni 1890 Z. f. H. Bd. 40 S. 482), das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger im Fall einer Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters (§. 342, R.G. XXVII, 19, O.L.G. Hamburg a.a.O.), die Alleinberechtigung und -verpflichtung des haftenden Gesellschafters nach außen (§. 335 Abs. 2). Haben die Parteien die vereinbarte Gesellschaft als eine „stille" bezeichnet, ohne daß sie dies in Wahrheit ist, so wird darin doch der Ausdruck des Parteiwillens zu finden sein, daß die Vorschriften über die stille Gesellschaft, soweit mit dem sonstigen Inhalt des Vertrages vereinbar, Anwendung finden sollen (Staub 7. Aufl. Anm. 38).

d. **Einfluß einer Änderung von vertragergänzenden Gesetzesvorschriften auf ältere Gesellschaftsverträge.** Vgl. §. 109 Anm. IV.

IV. **Gesellschafter.** Vgl. §. 105 Anm. I e.

a. **Wer kann Gesellschafter sein?** Sowohl stiller wie haftender Gesellschafter kann jeder sein, der rechtsfähig ist (§. 335 Abs. 1: „wer," „ein anderer"), natürliche Personen, juristische Personen und diejenigen Gesamtheiten, die, ohne juristische Personen zu sein, diesen doch im privaten Rechtsverkehr im wesentlichen gleich zu behandeln sind (§. 105 Anm. I c), insbesondere eine offene Handelsgesellschaft (R.G. XXX, 35: o.H.G. als haftender Gesellschafter) und eine Kommanditgesellschaft (R.G. XXV, 44, Bolze Bd. 5 Nr. 736, 737: K.G. als haftender Gesellschafter). Da der haftende Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages entweder ein Handelsgewerbe bereits betreiben oder doch (oben Anm. III b) den Betrieb in Aussicht genommen haben muß, so wird bei denjenigen Personen, die einer Genehmigung für den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bedürfen, das Vorhandensein der Genehmigung auch für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zu verlangen sein, bei dem sie als haftende Gesellschafter sich mit einem stillen Gesellschafter verbinden wollen.

b. **Beteiligung mehrerer als stille Gesellschafter.** Sind mehrere Personen, jede selbständig, als stille Gesellschafter mit demselben haftenden Gesellschafter verbunden, so bestehen so viele stille Gesellschaften wie stille Gesellschafter (P. 1094, Denkschr. 186, R.G. XXV, 45, Behrend §. 91 Anm. 32). Zulässig aber ist auch, daß die mehreren Personen gemeinschaftlich in Form einer nicht selbständig rechtsfähigen Gesellschaft zur gesamten Hand (B.G. §. 705) oder eines nicht rechtsfähigen Vereins (B.G. §. 54) als stille Gesellschafter beitreten (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 5); in diesem Fall besteht nur eine stille Gesellschaft. Übertragen mehrere Personen einem von ihnen als Geschäftsführer Geld, und schließt letzterer in eigenem Namen mit einem haftenden Gesellschafter einen Vertrag über die Beteiligung mit jenem Geld, so ist nur der Geschäftsführer stiller Gesellschafter (Bolze Bd. 23 Nr. 568).

c. **Stellung des stillen Gesellschafters nach außen.** Der stille Gesellschafter ist Gesellschafter nur im inneren Verhältnis zum haftenden Gesellschafter. Nach außen gilt sein Verhältnis zum haftenden Gesellschafter und zu dem von diesem betriebenen Handelsgewerbe wie das eines Dritten. Er ist daher als solcher nicht Kaufmann (§. 1 Anm. II E) und kann im Rechtsstreit des haftenden Gesellschafters als Zeuge vernommen werden, wenngleich sich dieser Rechtsstreit auf das Handelsgewerbe bezieht, an dessen Ertrag er beteiligt ist (Staub 7. Aufl. Anm. 10).

V. **Beteiligung des stillen Gesellschafters.** Eine stille Gesellschaft ist nur dann vorhanden, wenn die Beteiligung eine derartige ist, daß auf sie die vier nachstehenden Merkmale zutreffen (oben Anm. II).

a. **An dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt,** oder (oben Anm. III b) auf dessen künftigen Betrieb als Zweck die stille Gesellschaft gerichtet ist.

1. Handelsgewerbe. Vgl. H.G.B. §§. 1 Anm. III, §§. 2, 3, 5. Handelsgewerbe ist auch das Gewerbe eines Minderkaufmanns (§. 4 Anm. II); auch mit einem Minderkaufmann als haftendem Gesellschafter kann daher eine stille Gesellschaft abgeschlossen werden (Cosack §. 112 I 3, Staub 7. Aufl. Anm. 8). Die Vorschriften über die stille Gesellschaft werden entsprechend auch anwendbar sein auf die Beteiligung an einem nicht handelsgewerblichen Unternehmen einer A.G., K.A.G. oder G.m.b.H. (vgl. §. 210 Abs. 2, Ges. betr. G.m.b.H. §. 13). — Keine stille, sondern eine nur nach dem B.G. zu beurteilende Gesellschaft liegt vor, wenn nicht der Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern nur der Abschluß einzelner (wenngleich zum Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers gehörender) Handelsgeschäfte bezweckt ist (R.O.H. IX, 163; vgl. R.G. XIII, 230); eine Beteiligung am

Handelsgewerbe liegt jedoch auch in einer Beteiligung an einem begrenzten Teile des Handelsgewerbes, z. B. einer einzelnen Zweigniederlassung oder einem einzelnen Geschäftszweige (Staub 7. Aufl. Anm. 9).

2. Das ein anderer betreibt. Der Betrieb muß hiernach im Namen des haftenden Gesellschafters erfolgen (§. 1 Anm. II E). Dies ist eins der Merkmale, durch welche sich die stille Gesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft unterscheidet, bei denen beiden das Betreiben unter gemeinschaftlicher Firma Begriffsmerkmal ist (§. 105 Anm. II e, §. 161 Anm. I b). Wer thatsächlich im Betriebe thätig, ist unerheblich (§. 1 Anm. II E); sowohl durch Nebenabreden im Gesellschaftsvertrag wie auch durch selbständige Verträge kann die persönliche Thätigkeit dem haftenden Gesellschafter — soweit nicht öffentliches Recht (z. B. die Buchführungspflicht) entgegensteht — entzogen und dem stillen Gesellschafter zugewiesen werden (Staub 7. Aufl. Anm. 24; etwas abweichend R.G. XXXI, 39); insbesondere kann der haftende dem stillen Gesellschafter Prokura oder Handlungsvollmacht erteilen (R.G. XXXI, 39). Über die Wirkung, welche eintritt, wenn der stille Gesellschafter nach außen auftritt, als wäre er Mitinhaber des Geschäfts, vgl. §. 123 Anm. IV. — Über die von dem haftenden Gesellschafter zu führende Firma vgl. §§. 18 ff., 21 ff. Nicht in das H.G.B. übernommen ist das in Art. 257 A.D.H. enthalten gewesene unbedingte Verbot, den Namen des stillen Gesellschafters in der Firma zu führen, widrigenfalls der stille Gesellschafter wie ein offener hafte (Denkschr. 184).

b. **Mit einer Vermögenseinlage.** Hierin liegt die Beschränkung, daß wenn bedungen ist, der Beteiligte solle unbeschränkt für Verlust haften, keine stille Gesellschaft vorliegt (R.G. XXXIII, 129). „Vermögenseinlage“, d. h. auch hier Vermögenseinlage versprechen, vgl. §. 111 Anm. I a, §. 161 Anm. I c 3, §. 186 Anm. II a. Insbesondere liegt keine stille Gesellschaft vor, wenn der Nichtbetreibende nur Dienste leisten soll (§. 161 Anm. I c 3, R.G. XXXIII, 129; dahingestellt Bolze Bd. 22 Nr. 500 falls Schätzung des Vermögenswerts der Dienste möglich), auch dann nicht, wenn mit der Pflicht zur Dienstleistung eine Beteiligung an Gewinn und Verlust verbunden ist (Bolze Bd. 10 Nr. 534). Ebensowenig, wenn sein Beitrag darin allein besteht, daß er an seiner Sache dem haftenden Gesellschafter ein Nutzungsrecht einräumt (§. 186 Anm. II a, Staub 7. Aufl. Anm. 15; das Gegenteil vorausgesetzt in Denkschr. 184; ihr folgend Rudorff); dagegen ist genügende Vermögenseinlage das Versprechen der Übertragung eines bereits bestehenden Nutzungsrechts. Eine Vermögenseinlage liegt auch in der vertragsmäßigen Gestattung der Aufrechnung des einzulegenden Betrages mit einer Schuld des haftenden Gesellschafters an den stillen (R.G. XLII, 4); so z. B. wenn der künftig haftende Gesellschafter das Geschäft von dem künftig stillen kauft, und vereinbart wird, daß das Restkaufgeld als stille Einlage im Geschäft des Erwerbes bleibt (Staub 7. Aufl. Anm. 27). — Abweichend von §. 161 ist nicht vorgeschrieben, daß ein bestimmter Betrag für die Vermögenseinlage festgesetzt werde; nach allgemeinen Grundsätzen liegt jedoch ein giltiger Vertrag nicht vor, wenn der Umfang der versprochenen Leistung nicht mindestens durch Bezugnahme auf billiges Ermessen bestimmt (B.G. §§. 315 ff.), vielmehr ganz unbestimmt ist (Staub 7. Aufl. Anm. 17). Über Beteiligungen nicht gesellschaftlicher Art vgl. §. 336 Anm. III c.

c. **Mit der Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht** (bezw. darin verbleibt). Über die Frage, ob auch dies Merkmal wesentlich ist für das Bestehen einer stillen Gesellschaft, vgl. oben Anm. II. Die Worte „so, daß sie in das Vermögen übergeht“ sind gewählt, um auch Fälle zu umfassen, in denen der Gegenstand der Einlage keine körperliche Sache ist, also nicht gerade „Eigentum“ (B.G. §§. 903 ff.) übertragen werden soll; sie

treffen „auch für Gegenstände zu, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauch überträgt" (Denkschr. 184; über die Frage, inwieweit dies eine Einlage sein kann, oben Anm. V b). Durch die Fassung ist gleichzeitig klargestellt, daß nicht schon durch das Einlage**versprechen** das Recht selbst übergeht, sondern daß, damit letzterer Erfolg erzielt wird, die entsprechenden Übertragungshandlungen hinzukommen müssen (Denkschr. 184). Wesentlich ist nur, daß ein **Zustand** hergestellt werden soll, in welchem das Einzulegende im Vermögen des haftenden Gesellschafters ist. Kann ohne Besitzveränderung dieser Zustand erzielt werden, so ist keine Besitzveränderung (Übertragung) erforderlich. Die Übertragungshandlung kann daher ersetzt werden z. B. durch eine Vereinbarung über Umwandlung des unmittelbaren Besitzes des stillen Gesellschafters in mittelbaren (B.G. §. 930); auch durch Aufrechnung einer Schuld des haftenden Gesellschafters an den stillen mit dem von letzterem einzulegenden Betrage (vgl. oben Anm. V b). — Die Verpflichtung kann als betagte oder bedingte übernommen sein; in letzterem Fall erhält die Gesellschaft die Eigenschaft einer stillen erst vom Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ab (vgl. oben Anm. II). — Zulässig ist, daß der haftende Gesellschafter dem stillen wegen der von diesem einzulegenden oder eingelegten Beträge Sicherheit bestellt (R.O.H. XII, 99, R.G. v. 27. Septb. 1884 **Gruchot** Bd. 29 S. 996, **Bolze** Bd. 5 Nr. 127, R.G. XXVII, 13); wird eine nicht von vornherein bedungene Sicherheit nachträglich bestellt, so findet §. 342 Anwendung (R.G. XXVII, 18, §. 342 Anm. II a).

d. **Gegen Anteil am Gewinn.** Vgl. 336 Anm. III.

VI. **Pflichten der Gesellschafter.**

a. **Pflicht des stillen Gesellschafters, die Einlage, wie versprochen, zu leisten** (§. 335 Abs. 1). Dies ist die **einzige** aus dem Gesetz sich ergebende Pflicht des stillen Gesellschafters; insbesondere ist er zu Sondergeschäften und Wettbewerb berechtigt (P. 4546); doch können ihm durch Vertrag die Pflicht, sich dessen zu enthalten, und auch noch andere Pflichten auferlegt werden. Die Leistung der Einlage besteht in der Vornahme derjenigen Übertragungshandlungen oder sonstigen Rechtsgeschäfte, welche erforderlich sind, um den Zustand herzustellen, daß das Einzulegende sich im Vermögen des haftenden Gesellschafters befindet (oben Anm. V c). Über Erhöhung oder Verminderung der Einlage vgl. oben Anm. I a 3 (B.G. §. 707), H.G.B. §§. 337 Abs. 3, 342.

b. **Pflicht des haftenden Gesellschafters** ist, das Handelsgewerbe, dessen Betrieb bezweckt ist, in seinem Namen zu betreiben (vgl. jedoch oben Anm. V a 2); er hat seinerseits den bedungenen Beitrag zu leisten und darf das vom stillen Gesellschafter Eingelegte nicht dem Zweck des Betriebes jenes Handelsgewerbes entfremden (vgl. **Staub** 7. Aufl. Anm. 31). Einzelne Pflichten, insbesondere auf Auszahlung des Gewinnes und des Auseinandersetzungsguthabens, Gewährung einer verlangten Mitteilung der Bilanz oder Einsicht in Bücher und Papiere, Rechenschaftsleistung und Auskunftserteilung nach Gesellschaftsauflösung, ergeben sich aus §§. 337 ff. Der haftende Gesellschafter darf, ohne einen etwaigen Widerspruch des stillen beachten zu müssen, selbst ungewöhnliche Geschäfte vornehmen; nicht aber darf er seine und des stillen Gesellschafters Einlage zu Zwecken verwenden, welche nicht in den Rahmen desjenigen Handelsbetriebes fallen, welcher Zweck der stillen Gesellschaft ist (**Cosack** §. 112 VII 2 a). Daß die §§. 112, 113 Abs. 1, 2, 4, betreffend das Verbot von Sondergeschäften, entsprechende Anwendung auf den haftenden Gesellschafter finden, nehmen **Behrend** §. 93 bei Anm. 20 ff. und **Staub** 7. Aufl. Anm. 32 an; es wird aber wohl nur zuzugeben sein, daß ein Verbot, Geschäfte der in das Gewerbe einschlagenden Art für eigene oder fremde Rechnung vorzunehmen, nach der Parteiabsicht meist gelten soll (so **Cosack** §. 112 VII 2 d; vgl. B.G. §. 242), während die Sonderbestimmungen des §. 113, soweit sie von allgemeinen Grundsätzen abweichen, nicht

für anwendbar zu erachten sind. — Auf Beginn des Betriebes und — wenn er nachträglich schuldhafter Weise eingestellt wird — auf Fortführung desselben kann der stille Gesellschafter klagen (dagegen Staub 7. Aufl. §. 335 Anm. 31, §. 339 Anm. 10); doch werden die zur Verfügung stehenden Zwangsmittel (C.P.O. §. 888) in der Regel nicht genügen, um den Betrieb zu erzwingen. Daher wird es für den stillen Gesellschafter in der Regel zweckmäßiger sein, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt zu wählen (B.G. §. 326). Entschuldigt ist die Betriebseinstellung, wenn ein nach B.G. §. 723 Abs. 1 Satz 2 ff. zur fristlosen Kündigung berechtigender Grund vorliegt.

VII. **Alleinberechtigung und -verpflichtung des haftenden Gesellschafters aus den im Betrieb geschlossenen Geschäften** (§. 335 Abs. 2).

a. **Soweit das Verhältnis nach außen in Betracht kommt**, ist dies eine selbstverständliche Folgerung daraus, daß nach dem Begriff der stillen Gesellschaft das Handelsgewerbe im alleinigen Namen des haftenden Gesellschafters zu betreiben ist. Soweit hieraus die Folgerung nicht zu ziehen, gilt sie trotz §. 335 Abs. 2 nicht; zulässig ist daher z. B., daß der haftende Gesellschafter im Betriebe seines Handelsgewerbes mit einem Dritten ein Geschäft schließt über eine von dem Dritten an den stillen Gesellschafter zu bewirkende Leistung, bezüglich deren letzterer unmittelbar ein Forderungsrecht erwerben soll (vgl. B.G. §§. 328 ff.); ebenso ist möglich, daß aus im Betriebe geschlossenen Geschäften gleichzeitig aus besonderem Rechtsgrunde auch eine Haftung des stillen Gesellschafters entsteht, z. B. kraft von ihm dem Dritten erteilten Kreditauftrages (B.G. §. 778) oder durch ein Auftreten des stillen Gesellschafters als wäre er Mitinhaber des Geschäfts (§. 123 Anm. IV, Denkschr. 185, O.L.G. Hamburg v. 21. April 1891 Z.f.H. Bd. 40 S. 482).

b. **Soweit das Verhältnis des haftenden zum stillen Gesellschafter in Betracht kommt**, findet die Regel des §. 335 Abs. 2 gleichfalls Anwendung; insoweit ist sie aber nur vertragsergänzend, kann mithin durch gegenteilige Vertragsabrede ausgeschlossen werden. Zulässig ist es daher, zu vereinbaren, daß der haftende Gesellschafter bestimmte Arten von Rechten nur mit Zustimmung des stillen Gesellschafters auszuüben berechtigt sein soll, oder daß der stille Gesellschafter bestimmte Arten von Verpflichtungen an Stelle des haftenden Gesellschafters erfüllen soll.

§. 336.

Höhe des Gewinn- und Verlustanteils.

Ist der Antheil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Antheil als bedungen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste betheiligt sein soll; seine Betheiligung am Gewinne kann nicht ausgeschlossen werden.

A.D.H. Art. 254, 250 Abs. 1. **Entw. I** §. 307. **Entw. II** §. 327.

§. 336.

I. **Verteilung von Gewinn und Verlust.** In erster Reihe ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages maßgebend (§. 336 Abs. 1), wobei eine etwa nur für Gewinn oder nur für Verlust getroffene Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust gilt (B.G. §. 722 Abs. 2; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 2). Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung, so ist der Vertrag nicht nichtig (vgl. P. 4546), sondern nach §. 336 Abs. 1 gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen. Eine Vorausverteilung

des Gewinns bis zu 4 vom Hundert der Kapitalanteile nach Verhältnis der Kapitalanteile ist hier — abweichend von §. 168 Abs. 1 — nicht vorgeschrieben (R.O.H. IX, 36; ebenso Cosack §. 112 X 1, Staub 7. Aufl. §. 337 Anm. 3); doch kann im Einzelfall auch eine derartige Verteilung als eine „den Umständen nach angemessene" erachtet werden. — Eine Vertragsbestimmung, nach welcher der Anteil des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust in bestimmtem Verhältnis seiner „Einlage" zu derjenigen des haftenden Gesellschafters stehen soll, ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der ursprüngliche Betrag (sei es des Einlageversprechens, sei es des Eingelegten), maßgebend sein soll, nicht etwa die jeweilige Höhe des Guthabens auf Kapitalkonto (R.G. XXV, 46).

II. **Zulässigkeit des Ausschlusses einer Beteiligung am Verlust.** Die früher bestrittene Frage, ob eine Beteiligung am Verlust giltig ausgeschlossen werden kann, ist (in Übereinstimmung mit R.O.H. XII, 100, R.G. XX, 165, XXVII, 14, XXX, 58, XXXI, 35 gegen R.G. III, 9) in bejahendem Sinn entschieden (§. 336 Abs. 2, Denkschr. 184). — Ist umgekehrt bedungen, daß der „stille Gesellschafter" unbeschränkt für Verlust hafte, so liegt keine stille Gesellschaft vor (§. 335 Anm. V b).

III. **Nichtausschließbarkeit der Gewinnbeteiligung.**

a. **Nichtausschließbarkeit.** Ist vereinbart, daß derjenige, welcher sich am Handelsgewerbe des anderen beteiligen soll, keinen Gewinnanteil erhält, so liegt keine stille Gesellschaft vor (§. 336 Abs. 2, §. 335 Anm. II); ist bedungen, daß einer der Gesellschafter zwar am Verlust, nicht aber am Gewinn teilnehmen soll, so liegt überhaupt keine Gesellschaft vor (Mot. z. Entw. I d. B.G. II, 594).

b. **„Beteiligung am Gewinn."** „Beteiligung" deutet nicht notwendig auf das Bestimmen des Anteils nach Bruchteilen des Gewinns; jedenfalls muß aber der Anteil so bestimmt werden, daß durch die Höhe des Gewinns auch die Höhe des Anteils stets oder doch unter Umständen beeinflußt wird. Unter Beteiligung „am Gewinn" ist nur verstanden, daß der so Beteiligte, wenn Gewinn gemacht ist, nicht ganz leer ausgehen darf; nicht ist gemeint, daß der ihm gutzurechnende Anteil unter allen Umständen den Gewinn höchstens erreichen, nicht aber übersteigen darf. Keine Gewinnbeteiligung ist daher die Festsetzung von Bezügen, auf deren Betrag die Gewinnhöhe völlig ohne Einfluß bleibt (R.G. XXXI, 74, Staub 7. Aufl. §. 335 Anm. 20; dagegen R.O.H. IX, 37, Cosack §. 112 X). Dagegen wird das Vorliegen einer Gewinnbeteiligung nicht ausgeschlossen durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder Mindestbetrages, letzteres auch in der Form eines festen Zinses und hinzukommenden Gewinnbruchteils (R.O.H. XII, 99, Bolze Bd. 19 Nr. 613, Staub a. a. O.)

c. **Abgrenzung gegen nicht gesellschaftliche Gewinnbeteiligungen.** Nicht jede Gewinnbeteiligung ist eine gesellschaftliche; auch nicht jede Gewinnbeteiligung, für welche die Gegenleistung in Übertragung von Vermögen besteht. Das Vorliegen einer Gesellschaft ist ein Merkmal, das zu dem Vorliegen einer Gewinnbeteiligung gegen Vermögensübertragung hinzukommen muß, damit eine stille Gesellschaft als vorhanden angesehen werden kann (§. 335 Anm. II). Ob aber im Einzelfall überhaupt ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, oder ob die Gewinnbeteiligung nur ein nebensächlicher Bestandteil eines andersartigen Vertrages ist, kann nur aus dem Zusammenhang aller Bestimmungen des betreffenden Vertrages abgeleitet werden. Keine gesellschaftliche Beteiligung liegt daher in der Hingabe eines Darlehns, wenngleich — was nicht notwendig gegen die Eigenschaft als Darlehn spricht — Gewinnanteil neben Zinsen (R.G. XXXI, 34) oder statt Zinsen (Bolze Bd 16 Nr. 346) vereinbart ist. Staub 7. Aufl. §. 335 Anm. 21 will in Zweifelsfällen aus dem Umfang und der Art der Kontrolrechte die Entscheidung dafür ableiten, ob stille Gesellschaft oder Darlehn vorliegt. Cosack §. 112 X und ihm folgend Staub a. a. O. erachten Dahrlehn als jedenfalls vorliegend wenn der Hingeber sowohl feste Zinsen erhalten wie auch keinen Verlustanteil tragen soll. Die im Vertrag ge-

wählte **Bezeichnung** als „Darlehn" oder als „stille Gesellschaft" ist nicht entscheidend (R.G. XX, 166, XXXI, 34, Bolze Bd. 5 Nr. 128). Nicht als Gesellschaftsvertrag, sondern als Darlehnsvertrag wurde erachtet ein Vertrag, inhalts dessen der erblindete Sohn seinem Vater das mit diesem als offene Gesellschaft betriebene Handelsgeschäft allein überließ mit der Abrede, daß des Sohnes Kapitalvermögen gegen Gewinnbruchteil mit gewährleistetem, voraussichtlich den Gewinnbruchteil stets übersteigendem Mindestbetrag im Geschäft verbleiben, der Sohn keinen Verlustanteil tragen und allein das Recht zur Kündigung des Kapitalvermögens zur Rückzahlung haben solle (R.G. XX, 166; gegen dies Urteil Staub 7. Aufl. §. 335 Anm. 20). — Keine **gesellschaftliche** Gewinnbeteiligung liegt ferner z. B. in einer Gewinnbeteiligung als Handlungsgehilfe (§. 59 Anm. II b), als Gewerbegehilfe (Bolze Bd. 10 Nr. 534), als Handlungsagent (§. 84 Anm. II), als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied (§. 231 Anm. II b, §. 243 Anm. II e); in diesen Fällen liegt allerdings auch keine **Vermögens**einlage vor, da Arbeitsleistungen keine Einlage sind (§. 335 Anm. V b).

§. 337.

Gewinn- und Verlustberechnung. Gewinnauszahlung, Verlustbegrenzung.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Theil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

A.D.H. Art. 255. **Entw. I** §. 308. **Entw. II** §. 328.

§. 337.

I. **Berechnung des Jahresgewinns oder -verlustes.** Vgl. §. 120 Anm. I a—c.

a. **Allgemeines.** Die Abweichung in der Fassung des §. 337 Abs. 1 Halbs. 1 von derjenigen des §. 120 Abs. 1 ist ohne sachliche Bedeutung: „Gewinn **oder** Verlust" in §. 120 ist genauer als „Gewinn **und** Verlust" in §. 337; daß die Berechnung „auf Grund der Bilanz" zu erfolgen hat, bildet für die stille Gesellschaft — trotzdem es hier nicht ausdrücklich erwähnt ist — ebenso die gesetzliche Regel wie für die offene Handelsgesellschaft. Eine Vorausberechnung von vier vom Hundert des Kapitalanteils ist für die stille Gesellschaft nicht vorgeschrieben (§. 336 Anm. I). — Bei Berechnung nach Bruchteilen der Einlagen ist im Zweifel auch auf Seite des **haftenden** Gesellschafters die **ursprüngliche** Höhe seiner Einlage einzusetzen (§. 336 Anm. I); hiernach bleiben für diese Berechnung etwaige Entnahmen in der Regel ohne Einfluß, und findet mithin auch keine Anrechnung von Zinsen der Entnahmen statt (Staub 7. Aufl. Anm. 3). — Der haftende Gesellschafter ist im Zweifel zu keiner besonderen Vergütung für die von ihm zu leistende Arbeit berechtigt (Bolze Bd. 7 Nr. 627); anders jedoch unter Umständen, wenn es sich um eine Thätigkeit handelt, die außerhalb des Rahmens gewöhnlicher Geschäftsführung liegt (§. 114 Anm. IV).

In einem Fall, in dem der haftende Gesellschafter, der laut Vertrag eine besondere Vergütung für seine Thätigkeit bezog, geisteskrank wurde, demnächst aber stillschweigend dessen Pfleger und der stille Gesellschafter das Geschäft fortführten, wurde angenommen, daß für die Zukunft die Sondervergütung nicht beansprucht werden könne (Bolze Bd. 20 Nr. 572). — Der Gewinn oder Verlust, an welchem der stille Gesellschafter beteiligt ist, ist nur der aus dem Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes sich ergebende, nicht auch der vom haftenden Gesellschafter außerhalb jenes Betriebes erzielte (Bolze Bd. 5 Nr. 737).

b. **Insbesondere Berechnung des Verlustanteils des stillen Gesellschafters.** Der §. 337 enthält keine Vorschrift darüber, daß für die Verlustberechnung die Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters eine Grenze bilde; der § 337 Abs. 2 Satz 1 entspricht dem §. 167 Abs. 3, enthält mithin nur eine Begrenzung der Pflicht des stillen Gesellschafters, zur Deckung des Verlustes etwas zu zahlen (§ 167 Anm. IV; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 6; nicht ganz genau daher Staub a. a. O. Anm. 3).

II. **Zuschreibung bezw. Auszahlung des Gewinns an den stillen Gesellschafter.** Trotz des Unterschiedes der Fassung zwischen den die Gewinnzuschreibung und -auszahlung an den Kommanditisten betreffenden §. 167 Abs. 2, 3, §. 169 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und dem die Gewinnzuschreibung und -auszahlung an den stillen Gesellschafter betreffenden §. 337 Abs. 2, 3 ist ein sachlicher Unterschied nicht erkennbar:

a. **Zuschreibung des Gewinnanteils.** Vgl. §. 167 Anm. II. Der §. 337 Abs. 3 entspricht dem §. 167 Abs. 2. Daß in §. 337 Abs. 3 von „Vermehren der Einlage", in §. 167 Abs. 2 von „Zuschreiben zum Kapitalanteil" die Rede ist, bringt zum Ausdruck, daß bei der stillen Gesellschaft das Guthaben des stillen Gesellschafters als Schuld an einen Gläubiger in der Bilanz erscheint, bei der Kommanditgesellschaft das Guthaben des Kommanditisten als Kapitalkonto eines Gesellschafters. Für die Höhe des zu buchenden Betrages begründet dies jedoch keinen Unterschied. Da nach §. 337 Abs. 3 der nicht erhobene Gewinn die Einlage nicht vermehrt, so ist er nicht dem Einlagekonto, sondern einem Sonderkonto zuzuschreiben. Also auch §. 337 Abs. 3 bestimmt nur, daß nach gesetzlicher Regel der Gewinnanteil dem Einlagekonto nur so lange zuzuschreiben ist, wie das Guthaben auf Einlagekonto den Betrag des Einlageversprechens nicht erreicht. Daß er ihm bis dahin zuzuschreiben ist, bestimmt §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2. Daß vertraglich etwas Gegenteiliges vereinbart werden kann, gilt für die stille Gesellschaft (§. 337 Abs. 3) ebenso wie entsprechend für die Kommanditgesellschaft (§. 163).

b. **Auszahlung des Gewinnanteils.** Auch die Vorschriften des §. 337 Abs. 1 und 2 sind änderbar durch Vereinbarung zwischen dem haftenden und stillen Gesellschafter (§. 335 Anm. III c).

1. Regel ist, daß dem stillen Gesellschafter der auf ihn fallende Gewinnanteil ausgezahlt wird. Der §. 337 Abs. 1 Halbs. 2 entspricht dem § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1. Auch §. 337 Abs. 1 Halbs. 2 soll nur ausdrücken, daß ein Anspruch des stillen Gesellschafters auf Gewinnauszahlung besteht. Der Anspruch wird fällig zu der Zeit, zu welcher nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang der haftende Gesellschafter imstande ist, den Gewinnanteil zu berechnen (Staub 7. Aufl. Anm. 4), insbesondere die der Gewinnberechnung zu Grunde zu legende Jahresbilanz fertigzustellen.

2. Ausnahme. Vgl. §. 169 Anm. II b—d. Der §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 bestimmt: „jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet", also nicht ausgezahlt. Dies entspricht dem §. 169 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2: „er (der Kommanditist) kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert

ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde". Die letztere Fassung ist die genauere; doch kommen beide auf dasselbe hinaus. Über die Unterscheidung von „Einlage" und „Kapitalanteil" vgl. oben Anm. II a. Auch daß in §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 von Minderung der „Einlage", in §. 169 von Minderung des „auf die bedungene Einlage geleisteten Betrages" die Rede ist, begründet keinen sachlichen Unterschied, selbst wenn man in §. 337 Abs. 2 Satz 2 „Einlage" nicht im Sinne von „geleistete Einlage", sondern (wie in §. 337 Abs. 2 Satz 1) im Sinne von „bedungene Einlage" verstehen will. Ist eine Einlage von 12 bedungen, von 6 geleistet, sind im ersten Jahr 5 verloren, im zweiten 9 gewonnen, so ist es gleichgültig, ob man sagt, daß am Schluß des ersten Jahres die geleistete oder die bedungene Einlage um 5 gemindert ist. Auch letztere ist nur um 5, nicht etwa um 11 „gemindert", denn in Höhe von 6 bleibt die Einzahlungspflicht bestehen. Am Schluß des zweiten Jahres sind von den 9 gemäß §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ein Teil 5 nicht auszuzahlen; aber auch die Auszahlung des Überschusses 4 kann nicht verlangt werden, da in dieser Höhe der haftende Gesellschafter mit seiner Forderung auf Leistung des Einlagerestes aufrechnen kann.

c. **Ausschluß einer Rückzahlung des bezogenen Gewinns.** Vgl. §. 169 Anm. IV. Der §. 337 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 entspricht dem §. 169 Abs. 2. „Bezogen" in diesem Sinn ist auch der auf Sonderkonto gutgeschriebene (oben Anm. II a), wenngleich noch nicht ausgezahlte Gewinn (§. 169 Anm. IV, R.O.H. XIII, 65; vgl. jedoch R.O.H. XVIII, 157).

§. 338.

Mitteilung der Bilanz, Einsicht in Bücher und Papiere, Aufklärungen.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im §. 716 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag des stillen Gesellschafters kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

A.D.H. Art. 253. **Entw. I** §. 309. **Entw. II** §. 329.

§. 338.

I. **Mitteilung der jährlichen Bilanz und Nachprüfungsrecht.** Vgl. §. 166 Anm. I. Der §. 338 Abs. 1 entspricht dem § 166 Abs. 1. Da B.G. §. 716 mit H.G.B. §. 118, abgesehen von unerheblichen Fassungsänderungen, übereinstimmt, so hat §. 338 Abs. 2 für den stillen Gesellschafter dieselbe Tragweite wie §. 166 Abs. 2 für den Kommanditisten. Da der haftende Gesellschafter nicht vorzuleisten hat, steht ihm, falls der stille Gesellschafter seinerseits nicht geleistet hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach näherer Maßgabe des B.G. §. 320 zu (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 3). Über die Frage, inwieweit gesonderte Aufführung einzelner Posten der Bilanz gefordert werden kann, vgl. Bolze Bd. 8 Nr. 539 b. Auf den Fall, daß der haftende Gesellschafter Minderkaufmann (§. 335 Anm. V a 1), ist §. 338 entsprechend dahin anzuwenden, daß der stille

Gesellschafter berechtigt ist, die abschriftliche Mitteilung einer von dem haftenden Gesellschafter als Grundlage für die Gewinn- oder Verlustverteilung aufzustellenden Berechnung des Jahresergebnisses des Geschäftsbetriebes zu verlangen und deren Richtigkeit unter Einsicht der dieser Berechnung zu Grunde zu legenden Aufzeichnungen des haftenden Gesellschafters und der Geschäftspapiere zu prüfen; zu Aufzeichnungen in dem hierzu erforderlichen Umfange ist der haftende Gesellschafter verpflichtet (Behrend §. 93 Anm. 19, Staub 7. Aufl. Anm. 5).

II. **Verfügung des Gerichts.** Vgl. §. 166 Anm. II. Der §. 338 Abs. 3 entspricht dem §. 166 Abs. 3. Für das Verfahren sind auch im Fall des §. 338 Abs. 3 die §§. 145, 146 G.fr.Ger. (oben S. 171) maßgebend.

III. **Ausschließende oder beschränkende Vereinbarungen** stehen der Geltendmachung der Rechte aus §. 338 Abs. 1 nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Selbst wenn man nicht (mit Staub 7. Aufl. Anm. 9) annehmen wollte, daß dies unmittelbar auf Grund des B.G. §. 716 Abs. 2 gilt, weil in H.G.B. §. 338 Abs. 2 nur B.G. §. 716 Abs. 1 gemeint sei, würde es doch aus B.G. §§. 157, 276 Abs. 2 abzuleiten sein (§. 166 Anm. I). Das Recht aus §. 338 Abs. 3 ist, weil ein zwingendes Schutzrecht (vgl. §. 273 Anm. II b 3) enthaltend, überhaupt nicht ausschließbar durch Vertrag.

§. 339.

Kündigung. Tod des stillen Gesellschafters.

Auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters finden die Vorschriften der §§. 132, 134, 135 entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des §. 723 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, bleiben unberührt.

Durch den Tod des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

A.D.H. Art. 261 Abs. 1 Ziff. 6, Abs. 3, Art. 263, 264. **Entw. I** §. 311. **Entw. II** §. 330.

§. 339.

I. **Auflösungsgründe.** Grundsätzlich kommen die Vorschriften des B.G. über Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung; zwei Abweichungen von diesem Grundsatz sind in §. 339 bestimmt (Denkschr. 185).

a. **Kündigung** durch Gesellschafter oder Privatgläubiger. Vgl. unten Anm. II, §. 335 Anm. I a 12, 13.

b. **Erreichung des Zwecks oder Unmöglichkeit der Erreichung.** Vgl. §. 335 Anm. I a 14. Über Einstellung des Gewerbebetriebes vgl. §. 335 Anm. VI b; darin liegt — soweit nicht im Einzelfall die Erreichung des Zwecks unmöglich wird — kein von Rechtswegen wirkender Auflösungsgrund (a. M. Staub 7. Aufl. Anm. 10). Der von Staub angeführte Grund, daß sobald das Betreiben des Handelsgewerbes aufgehört habe, nach der in §. 335 vorausgesetzten Begriffsbestimmung eine stille Gesellschaft nicht mehr vorhanden sei, trifft nicht zu, falls man entsprechend dem §. 705 B.G. den Begriff der stillen Gesellschaft dahin bestimmt, daß nur ein auf den Betrieb gerichteter Zweck, nicht der Betrieb selbst vorzuliegen braucht (§. 335 Anm. II). Über Veräußerung des Handelsgeschäfts vgl. §. 335 Anm. I a 8.

c. **Tod des haftenden Gesellschafters,** falls nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt. Vgl. unten Anm. III, §. 335 Anm. I a 15. Über Auflösung der

Gesellschaft oder des Vereins, welche haftender Gesellschafter sind, und über den Eintritt rechtlicher Unfähigkeit des haftenden Gesellschafters zu selbständiger Vermögensverwaltung vgl. §. 335 Anm. I a 15.

d. **Konkurs eines Gesellschafters.** Vgl. §. 335 Anm. I a 16.

e. **Übereinkunft des haftenden mit dem stillen Gesellschafter.** Der Gesellschaftsvertrag kann wie jeder Vertrag durch entgegengesetzten Vertrag wieder aufgehoben werden (Denkschr. 185).

f. **Zeitablauf.** Die stille Gesellschaft endet, wie diejenige des B.G., mit Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist, wenngleich dies weder im H.G.B. noch im B.G. besonders hervorgehoben ist (Denkschr. 185). Stillschweigende Fortsetzung wirkt wie eine vertragliche Verlängerung der Dauer auf unbestimmte Zeit (§§. 339 Abs. 1, 134).

II. **Kündigung insbesondere (§. 339 Abs. 1).**

a. **Befristete Kündigung.** Die Kündigung kann sowohl seitens eines Gesellschafters wie auch seitens des Privatgläubigers eines der Gesellschafter erfolgen. Im einzelnen sind die Vorschriften der §§. 132, 134, 135 maßgebend (§. 339 Abs. 1 Satz 1). Jeder Gesellschafter kann hiernach eine für unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines (auch des anderen, R.G. XX, 166) Gesellschafters eingegangene oder nach Zeitablauf stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft willkürlich zum Ende des Geschäftsjahrs mit sechs Monaten Frist kündigen, falls der Gesellschaftsvertrag nicht — innerhalb der zulässigen Grenzen (§. 132 Anm. IV) — eine andere Bestimmung getroffen hat. Ebenso kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, und nachdem er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, die Gesellschaft sechs Monate vor Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. Wichtig ist dies Recht namentlich für die Gläubiger des stillen Gesellschafters. Die Gläubiger des haftenden Gesellschafters können in der Regel dasselbe erreichen, wenn sie unmittelbar auf Grund des gegen letzteren erwirkten Urteils die etwaigen Ansprüche des haftenden gegen den stillen Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 26); doch sind Fälle denkbar, in denen auch für Gläubiger des haftenden Gesellschafters das Recht, die Auflösung herbeizuführen, wichtig sein kann, z. B. wenn der haftende Gesellschafter dem stillen für die Dauer der Gesellschaft Sicherheit bestellt hatte. — Der §. 723 Abs. 1 Satz 1 und der §. 725 Abs. 1 B.G., nach welchem seitens eines Gesellschafters auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes und seitens des Gläubigers eines Gesellschafters eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft fristlos gekündigt werden kann, sind, weil den nach §. 339 Abs. 1 Satz 1 anzuwendenden §§. 132, 134, 135 H.G.B. widersprechend, nicht anwendbar auf die stille Gesellschaft (Denkschr. 185).

b. **Fristlose Kündigung.** Während §. 339 Abs. 1 Satz 1 die Anwendbarkeit des §. 723 Abs. 1 Satz 1 B.G. ausschließt, erklärt §. 339 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich den übrigen Inhalt des §. 723 B.G. für unberührt. Hiernach kann jeder von beiden Gesellschaftern ohne Einhaltung einer Frist und ohne Anrufung des Gerichts die Gesellschaft — gleichgiltig ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist — kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; „ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn der andere Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird." Beispiele wichtiger Gründe vgl. bei Staub 7. Aufl. Anm. 20, Behrend §. 94 Anm. 3. Das R.O.H. XII, 100 erachtete das Verlustbringen des Gewerbebetriebs als unter Umständen einen wichtigen Grund für vorzeitige Kündigung durch den haftenden Gesellschafter bildend. Ein Beispiel, in

welchem Verlustverschleierung durch den haftenden Gesellschafter als nicht genügender Grund zu fristloser Kündigung angesehen wurde, vgl. Bolze Bd. 1 Nr. 1162. — Auch §. 723 Abs. 2 und 3 B.G. (betreffend Kündigung zur Unzeit und das Kündigungsrecht beschränkende Vereinbarungen) finden Anwendung. — Die Kündigung eines vom Kündigenden für verbindlich angesehenen Vertrages ist zu unterscheiden von der Erklärung, daß der Erklärende den Vertrag nicht für verbindlich erachte (§. 131 Anm. I f).

III. **Tod des stillen Gesellschafters (§. 339 Abs. 2)** ist kein Auflösungsgrund. Ebensowenig die Auflösung einer als stiller Gesellschafter beteiligten Gesellschaft oder eines so beteiligten Vereins (§. 177 Anm. IV, Behrend §. 94 Anm. 3; vgl. §. 335 Anm. I a 15). Die Erben des verstorbenen stillen Gesellschafters treten an dessen Stelle mit denselben Rechten und Pflichten wie ihr Erblasser (§. 177 Anm. I). Über die Frage, wer an die Stelle einer als stiller Gesellschafter beteiligt gewesenen aufgelösten Gesellschaft oder eines so beteiligt gewesenen aufgelösten Vereins tritt, vgl. §. 177 Anm. IV, Behrend §. 94 Anm. 3, Lehmann H.G.B. §. 177 Nr. 2.

IV. **Wirkung der Auflösung** ist, daß das Gesellschaftsverhältnis mit dem Zeitpunkt der Auflösung erlischt. Nach gesetzlicher Regel (über gegenteilige Vertragsbestimmungen vgl. §. 340 Anm. III) findet keine gemeinschaftliche Liquidation statt; vielmehr verbleibt der haftende Gesellschafter Inhaber des Handelsgeschäfts und hat sich nach näherer Maßgabe des §. 340 mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen. Ein Gesellschaftsverhältnis bleibt auch nicht mit Beschränkung auf die bei Auflösung noch schwebenden Geschäfte bestehen (§. 340 Anm. II d 1). Ein etwaiges auf Auflösung lautendes Urteil wirkt nur erklärend, nicht bestimmend.

Auseinandersetzung. §. 340.

Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Theil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt.

Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

A.D.H. Art. 265. **Entw. I** §. 312. **Entw. II** §. 331.

§. 340.

I. **Auseinandersetzungsberechnung** (§. 340 Abs. 1 Halbs. 1). Der §. 340 weist die Auseinandersetzungsthätigkeit in erster Reihe dem haftenden Gesellschafter zu. Dieser hat die für die Abrechnung erforderliche Aufstellung anzufertigen und dem stillen Gesellschafter das Ergebnis mitzuteilen. Letzterem werden in Ansehung dieser Abrechnung die Rechte aus §. 338 zuzubilligen sein (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 8). Der Abrechnung ist die Vermögenslage zur Zeit der Auflösung zu Grunde zu legen (Staub 7. Aufl. Anm. 6). Bei Berechnung des Guthabens ist ein eingelegter nicht in Geld bestehender Vermögensgegenstand — mangels bestimmter Abreden — als Einlage zu dem Wert anzurechnen, den er zur Zeit der Einlegung hatte. In die Geschäftsbilanz, welche der Auseinandersetzung zu Grunde gelegt wird, sind — soweit nicht die Vorschriften über schwebende Geschäfte eingreifen (Bolze Bd. 5 Nr. 736) — die vorhandenen Vermögensgegenstände

zu dem Wert, den sie bei Auflösung der Gesellschaft haben, einzusetzen; daraus allein, daß in eine frühere Bilanz ein höherer Wert eingesetzt ist, folgt noch nicht die Verpflichtung des haftenden Gesellschafters, diesen Wert auch bei der künftigen Auseinandersetzung zu Grunde zu legen (Bolze Bd. 3 Nr. 778, Bd. 5 Nr. 736). Ob der haftende Gesellschafter die ihm gehörigen Grundstücke, Maschinen u. s. w. in die stille Gesellschaft eingelegt hat, und ob mithin der stille Gesellschafter an dem aus der Werterhöhung oder Wertminderung dieser Gegenstände sich ergebenden Gewinn oder Verlust teilnimmt und ihr Wert bei Auseinandersetzung zu berücksichtigen ist, ist Thatfrage (vgl. Bolze Bd. 5 Nr. 737).

Ob der haftende Gesellschafter das von ihm betriebene Handelsgeschäft fortführen oder aufgeben will, hat er selbständig zu entscheiden; die Auseinandersetzung mit dem stillen Gesellschafter wird hierdurch an sich nicht berührt. Von der Entscheidung, die er trifft, hängt jedoch ab, ob in die Auseinandersetzungsberechnung die bisherigen Betriebsgegenstände zum Gebrauchswert oder zum Veräußerungswert einzusetzen sind (§. 261 Anm. VIa 1), und hierdurch wird unter Umständen die Höhe des Gewinn- oder Verlustanteils des stillen Gesellschafters beeinflußt. Setzt der haftende Gesellschafter die bisherigen Betriebsgegenstände zum Veräußerungswert ein, so bildet die zu bewirkende Veräußerung ein schwebendes Geschäft; übernimmt er daher diese Gegenstände nachträglich wieder zur Fortsetzung seines eigenen Betriebes, so bildet der Unterschied zwischen dem in die Auseinandersetzungsberechnung eingesetzten Veräußerungswert und dem Betriebswert einen Gewinn der stillen Gesellschaft aus schwebendem Geschäft.

Im Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des haftenden Gesellschafters finden dieselben Grundsätze Anwendung; der Konkursverwalter tritt an die Stelle des haftenden Gesellschafters (R.G. v. 7. Juli 1884 Gruchot Bd. 29 S. 998). Der Gebrauchs- oder der Veräußerungswert ist einzusetzen, je nachdem der Konkursverwalter die Fortführung des Betriebes oder die Versilberung in Aussicht nimmt. In beiden Fällen ist die durch Konkurseröffnung erfolgte Entwertung zu berücksichtigen (vgl. Bolze Bd. 2 Nr. 1100; ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 17). Für die Abwickelung der schwebenden Geschäfte steht der stille Gesellschafter nur in Beziehung zum Konkursverwalter, nicht mehr zum Gemeinschuldner; er nimmt nur noch am Gewinn oder Verlust der Masse teil. Erwirbt daher der Gemeinschuldner das Geschäft aus der Masse zwecks eigener Fortführung, oder schließt er einen vorteilhaften Zwangsvergleich, so kann der stille Gesellschafter keinen Anteil an dem vom Gemeinschuldner erzielten Gewinn beanspruchen (Staub a. a. O.).

II. Durchführung der Auseinandersetzung.

a. **Verhältnis zu den Vorschriften des B.G.** Für die nähere Art, wie die Auseinandersetzung durchzuführen, sind B.G. §§. 738, 739 nicht anwendbar (Denkschr 186). Auch eine entsprechende Anwendung ist nicht möglich (dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 4), da im B.G. §§. 738, 739 von Voraussetzungen ausgegangen wird, die auf die stille Gesellschaft nicht zutreffen, Gesamteigentum am Gesellschaftsvermögen und gemeinschaftliche Schulden. Der Inhalt des B.G. §. 740 ist in H.G.B. §. 340 Abs. 2, 3 übernommen. Bezüglich der seitens des stillen Gesellschafters dem haftenden zur Benutzung überlassenen Gegenstände ist B.G. §. 732 entsprechend anwendbar; sie sind zurückzugeben (§. 335 Anm. Ia 18).

b. **Berichtigung des Guthabens des stillen Gesellschafters in Geld** (§. 340 Abs. 1 Halbs. 2). Die Vorschrift, daß der haftende Gesellschafter dem stillen dessen Guthaben in Geld zu zahlen hat, entspricht der Pflicht des stillen Gesellschafters (§. 335 Anm. VIa), seine Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des haftenden Gesellschafters übergeht. Das Auseinandersetzungsguthaben ist übertragbar (B.G. §. 717; vgl. H.G.B. §. 105 Anm. If 2). — Der Anspruch des stillen Gesellschafters geht auf Zahlung seines Guthabens, nicht etwa auf unverminderte Rückzahlung seiner Einlage. Der stille Gesellschafter muß daher darthun, welches Guthaben (oder Mindestguthaben) ihm zu-

steht. Es genügt nicht, daß er seine Einlage fordert, dem haftenden Gesellschafter den Beweis dafür überlassend, daß sie gemindert sei (Staub 7. Aufl. Anm. 14 gegen Bolze Bd. 9 Nr. 456). Der stille Gesellschafter kann das Vorhandensein eines Guthabens in verschiedener Weise darthun; so z. B. durch eigene Aufmachung einer Bilanz (R.O.H. XIII, 274, Bolze Bd. 7 Nr. 627) oder durch Berufung auf die vorjährige Bilanz mit der Behauptung, daß das letzte Jahr nicht Verlust gebracht hat (Bolze Bd. 1 Nr. 1161). Auch kann unter Umständen der stille Gesellschafter in der Lage sein darzuthun, daß sein Guthaben gleich hoch oder mindestens so hoch ist wie seine Einlage, z. B. wenn er nicht am Verlust beteiligt war (Bolze Bd. 4 Nr. 795, R.G. v. 5. Dezbr. 1891 J.W. 1892 S. 16), oder wenn stets nur mit Gewinn gearbeitet ist (vgl. R.O.H. XXIII, 130); dann genügt die mit jenen Behauptungen verbundene Darlegung, wieviel er eingelegt hat (Bolze Bd. 8. Nr. 539). Einer besonderen vorgängigen Klage auf Rechnungslegung bedarf es nicht, da mit der Klage auf Rechnungslegung die Klage auf Zahlung des Guthabens verbunden werden und die bestimmte Angabe der beanspruchten Leistungen bis zur Mitteilung der Rechnung vorbehalten werden kann (C.P.O. §. 254). Auch ist angenommen worden, daß in der Aenderung des Antrages auf Rechnungslegung in den Antrag auf Leistung keine Klageänderung liege (R.G. XL, 9). Zwecks Vorbereitung der Klage auf Zahlung des Guthabens kann ein Antrag gemäß §. 338 Abs. 3 gestellt werden (oben Anm. I). Legt der haftende Gesellschafter eine Bilanz vor, und berechnet er hieraus ein bestimmtes Guthaben für den stillen Gesellschafter, so kann dieser den so zugestandenen Betrag als Mindestguthaben einklagen, ohne auf weitergehende Ansprüche verzichten zu müssen (dagegen für Urkundenprozeß Bolze Bd. 3 Nr. 777). Gesteht der haftende Gesellschafter eine bestimmte Höhe des Guthabens zu, indem er aber zugleich Gegenforderungen erhebt, so ist der stille Gesellschafter berechtigt, das zugestandene Guthaben einzuklagen, und dem haftenden Gesellschafter bleibt überlassen, in dem angestellten Rechtsstreit seine Gegenforderungen zu begründen (Bolze Bd. 6 Nr. 629).

c. **Leistung einer rückständigen Einlage des stillen Gesellschafters** ist nach erfolgter Auflösung nur noch in derjenigen Höhe zu bewirken, in welcher der haftende Gesellschafter sie nicht gemäß der Auseinandersetzungsberechnung zurückzuzahlen hätte; darüber hinaus hat der stille Gesellschafter, wenn er eine Geldeinlage versprochen hat, Aufrechnungsbefugnis in Höhe seiner Gegenforderung (B.G. §. 387; entsprechend im Konkurse H.G.B. §. 341 Abs. 2). Hat er eine andersartige Vermögenseinlage versprochen, so hat er die Wahl, ob er ein Zurückbehaltungsrecht (B.G. §. 273) in Höhe seiner Gegenforderung ausüben, oder ob er, wenn der Gegenstand teilbar, nur einen entsprechenden Teil leisten, wenn er nicht teilbar, Miteigentum zum entsprechenden Teil übertragen will. Daß die Pflicht zur Leistung einer nicht in Geld bestehenden Vermögenseinlage sich durch die Auflösung der Gesellschaft in eine Geldschuld umwandle (so Behrend §. 94 Anm. 25, Staub 7. Aufl. Anm. 7), ist nicht zuzugeben.

d. **Schwebende Geschäfte** (§. 340 Abs. 2, 3).

1. Die Abwickelung erfolgt durch den haftenden Gesellschafter allein (§. 340 Abs. 2 Satz 1). Dies entspricht der Stellung, die er auch während bestehender Gesellschaft einnimmt. Die Vorschrift ist sachlich übereinstimmend mit B.G. §. 740 Abs. 1 Satz 2: „Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.“ Da die Gesellschaft nunmehr erloschen ist und auch nicht mit Beschränkung auf die schwebenden Geschäfte fortbesteht (Staub 7. Aufl. Anm. 1 gegen Behrend §. 94 Anm. 13; vgl. auch Bolze Bd. 14 Nr. 483 a), so haftet der haftende Gesellschafter fortan nicht nur für Sorgfalt wie in Eigenem, sondern für Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Staub 7 Aufl. Anm. 11, Bolze Bd. 11 Nr. 466). Den Beweis, daß eine Sorgfaltsverletzung vorliege, hat der stille Gesellschafter

zu führen (Bolze Bd. 11 Nr. 466, vgl. §. 241 Anm. II c; dagegen Staub a. a. O.). Gegen Verletzung der dem haftenden Gesellschafter bei der Abwickelung obliegenden Pflichten kann unter Umständen auch Schutz durch einstweilige Verfügung nachgesucht werden (Behrend §. 94 Anm. 7, Staub 7. Aufl. Anm. 12). Nur auf diesem Wege kann der stille Gesellschafter unter Umständen erreichen, daß einstweilig einem unbeteiligten Dritten die Abwickelung übertragen wird. Dagegen ist es unzulässig, dem haftenden Gesellschafter endgiltig die Abwickelung zu entziehen und etwa im ordentlichen Verfahren auf Bestellung eines Liquidators zu klagen (R.G. XIX, 167).

2. Teilnahme des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust, der sich aus schwebenden Geschäften ergiebt (§. 340 Abs. 2 Satz 2). Entsprechend B.G. §. 740 Abs. 1 Satz 1. Mit dem Zeitpunkt der Auflösung erlischt die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust des Handelsgeschäfts als Ganzen. Er bleibt jedoch an Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften beteiligt, und zwar in dem früheren Verhältnis. Die Höhe des Gewinns oder Verlustes ergiebt sich aus einer Vergleichung der aus den schwebenden Geschäften erzielten Endergebnisse mit denjenigen Werten (evtl. 0), mit welchen in der Auseinandersetzungsberechnung (oben Anm. I) die etwa damals bereits vorliegenden Teilergebnisse jener Geschäfte berücksichtigt sind. — War vereinbart, daß der stille Gesellschafter an Gewinn oder Verlust der vor Beginn der stillen Gesellschaft vom haftenden Gesellschafter abgeschlossenen, aber nach Beginn der stillen Gesellschaft ausgeführten Geschäfte teilnehmen solle, so wird im Zweifel als gewollt auch anzunehmen sein, daß entsprechend der Gewinn und Verlust aus den bei Auflösung der stillen Gesellschaft abgeschlossenen aber noch nicht ausgeführten Geschäften auf alleinige Rechnung des haftenden Gesellschafters gehen solle (vgl. Bolze Bd. 14 Nr. 483 a).

3. Jährliche Rechnungslegung und Auszahlung des Gewinnanteils (§. 340 Abs. 3). Entsprechend B.G. §. 740 Abs. 2. Nur auf Verlangen des stillen Gesellschafters hat der haftende die Pflichten aus §. 340 Abs. 3. Über den Inhalt der Rechnungslegung und Auskunftserteilung vgl. §. 114 Anm. VI. Die Rechnungslegung (Rechenschaft) hat sich nur auf die bis zum Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres beendigten, die Auskunftserteilung auch auf die noch schwebenden Geschäfte zu erstrecken. Bezüglich Auszahlung des dem stillen Gesellschafter gebührenden Betrages vgl. oben Anm. II b. Die Einforderung eines aus der rückständigen Einlage des stillen Gesellschafters zu deckenden Fehlbetrages ist nicht an die jährlichen Abrechnungen gebunden (oben Anm. II c); doch kann unter Umständen die jährliche Abrechnung zur Widerlegung einer etwa vom stillen Gesellschafter erhobenen Aufrechnungseinrede dienen.

III. **Abweichende Vereinbarungen** sind zulässig (§. 335 Anm. III c, R.G. v. 4. Febr. 1895 J.W. 146). Insbesondere kann giltig vereinbart werden, daß nach Auflösung gemeinsame Liquidation gemäß den für die offene Handelsgesellschaft oder den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln eintreten soll (R.G. XLV, 37; vgl. auch Bolze Bd. 11 Nr. 466). Das R.G. a. a. O. legt die Abrede, daß gemeinsame Liquidation stattgefunden habe, dahin aus, daß die beiderseitigen Einlagen auch während bestehender Gesellschaft Gesamteigentum sein sollten; wäre dies zutreffend, so würde eine mit dieser Abrede geschlossene Gesellschaft nicht als stille angesehen werden können (§. 335 Anm. II). Möglich ist es aber auch, die Abrede dahin auszulegen, daß erst bei Auflösung der haftende Gesellschafter verpflichtet sein solle, dem stillen Gesellschafter Miteigentum an den dann vorhandenen zum Handelsgeschäft gehörigen Vermögensgegenständen behufs gemeinschaftlicher Verwertung einzuräumen. Welches von beiden gewollt ist, muß aus den Umständen des einzelnen Falles abgeleitet werden.

§. 341.

Rechte des stillen im Konkurs des haftenden Gesellschafters.

Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts der Konkurs eröffnet, so kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Antheils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.

A.D.H. Art. 258. **Entw. I** §. 313 **Entw. II** §. 332.

§. 341.

I. **Konkurs über das Vermögen des haftenden Gesellschafters.** Über den Konkurs als Auflösungsgrund vgl. §. 335 Anm. I a 16. Über Auseinandersetzungsberechnung im Konkurse vgl. §. 340 Anm. I. — Für die Anwendung des §. 341 ist unerheblich, ob die stille Gesellschaft erst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des haftenden Gesellschafters aufgelöst ist, oder ob sie aus anderem Grunde aufgelöst ist, aber demnächst vor vollständiger Durchführung der Auseinandersetzung Konkurs über das Vermögen des haftenden Gesellschafters eröffnet ist. — Im Konkurse des haftenden Gesellschafters wird zwischen handelsgeschäftlichen Gläubigern und Privatgläubigern desselben nicht unterschieden; auch gegenüber dem stillen Gesellschafter ist eine solche Unterscheidung einflußlos.

II. **Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters** (§. 341 Abs. 1). Der §. 341 Abs. 1 behandelt den Fall, daß bei Auseinandersetzung des stillen Gesellschafters mit dem haftenden Gesellschafter (§. 340 Anm. I) für ersteren ein Guthaben verbleibt. „Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt" steht für „Guthaben auf Einlagekonto"; jener Ausdruck ist nicht ganz genau, da auch Zuschreibungen von Gewinn auf Einlagekonto vorkommen können (§. 337 Anm. II a). Nach §. 341 Abs. 1 kann der stille Gesellschafter die Forderung auf Zahlung seines Auseinandersetzungsguthabens nur als Konkursgläubiger ohne Aussonderungs- oder Absonderungsrecht geltend machen. Die hierin liegende Abweichung von K.O. §. 16 (vgl. jedoch R.G. v. 7. Juli 1884 Gruchot Bd. 29 S. 1000, 1002, wo K.O. §. 16 als wahlweise anwendbar erachtet wird) ist dadurch gerechtfertigt, daß bei der stillen Gesellschaft das vom stillen Gesellschafter Eingelegte in das Alleinvermögen des haftenden Gesellschafters übergeht (§. 335 Anm. II), während in K.O. §. 16 vorausgesetzt ist, daß die gemeinschaftliche Vermögensmasse im Vermögen beider Teile oder der Gesellschaft als solcher steht. Aus gleichem Grunde hat — obgleich dies aus dem Wortlaut des §. 341 Abs. 1 nicht hervorgeht — der stille Gesellschafter auch nicht das in K.O. §. 51 zugelassene Absonderungsrecht wegen etwaiger auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründender Forderungen, die außer der Forderung auf Zahlung des Guthabens auf Einlagekonto bestehen (Staub 7. Aufl. Anm. 3; vgl. Denkschr. 186), so z. B. bezüglich nicht abgehobener, den Betrag der Einlage übersteigender Gewinne (§. 337 Abs. 3); doch ist er Massegläubiger wegen etwaiger Ansprüche aus Geschäftsfortführung nach Auflösung (§. 335 Anm. I a 17). — Wo dagegen eine Gesellschaft vorliegt, bei welcher bedungen ist, daß das Eingelegte nicht Alleinvermögen des haftenden Gesellschafters werden, vielmehr gemeinsames Vermögen bleiben solle — mag man nun eine solche Gesellschaft als stille bezeichnen oder nicht (§. 335 Anm. II) — ist nicht §. 341 Abs. 1, vielmehr sind K.O. §§. 16, 51 anzuwenden. — Sind im Einzelfall dem stillen Gesellschafter bezüglich seiner Forderungen dingliche Sicherungen eingeräumt (§. 335 Anm. V c), oder hat der stille Gesellschafter sich das Eigentum an einzelnen eingelegten Gegenständen vorbehalten (z. B. bei Überlassung nur zur Nutzung; vgl. §. 335 Anm. V b), so kommt insoweit nicht

§. 341 Abs. 1, vielmehr kommen die Bestimmungen der Konkursordnung zur Anwendung. Kein solcher Eigentumsvorbehalt liegt jedoch an sich in der Einlegung eines nicht in Geld bestehenden Vermögensgegenstandes; vielmehr kommt nur dessen bei Einlegung vorhandener Wert für die Berechnung des Guthabens auf Einlagekonto in Betracht (§. 340 Anm. I).

III. **Auseinandersetzungsschuld des stillen Gesellschafters** (§. 341 Abs. 2). Ist die Einlage rückständig, so besteht ein auf Leistung derselben gerichteter Anspruch des haftenden Gesellschafters, jedoch nach Auflösung begrenzt durch die Gegenforderung des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Gewinnüberschusses und des Auseinandersetzungsguthabens (§. 340 Anm. II c). In demselben Umfange, in welchem der Anspruch dem haftenden Gesellschafter zusteht, kann er nach §. 341 Abs. 2 auch von dessen Konkursmasse geltend gemacht werden. Ist ein anderer Vermögensgegenstand als Geld einzulegen, so entfällt hier allerdings wegen der konkursrechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (§. 340 Anm. II c) durch den stillen Gesellschafter; diesem verbleibt daher nur die zweite Möglichkeit, wenn der Gegenstand teilbar, einen entsprechenden Teil, wenn er nicht teilbar, Miteigentum zu entsprechendem Teil zu übertragen. — Da für die Berechnung, in welcher Höhe eine Auseinandersetzungsschuld des stillen Gesellschafters besteht, die Parteiabreden über die Höhe des Gewinn- und Verlustanteils des stillen Gesellschafters grundlegend sind, so ist selbstverständlich, daß auch die Masse diese Abreden — soweit sie nicht dem zwingenden Konkursrecht entgegenstehen — gegen sich gelten lassen muß; dies gilt insbesondere auch von der Abrede, daß der stille Gesellschafter am Verlust nicht teilnehmen soll (R.G. XXXI, 36).

§. 342.

Rückgewähr oder Erlaßvertrag im letzten Jahr vor Konkurseröffnung.

Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder theilweise zurückgewährt oder sein Antheil an dem entstandenen Verluste ganz oder theilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

A.D.H. Art. 259. **Entw. I** §. 314. **Entw. II** §. 333.

§. 342.

I. **Verhältnis des §. 342 zu den Anfechtungsfällen der Konkursordnung.** Der §. 342 gilt neben den §§. 29—34 K.O.; unter Umständen kann daher die Anfechtung sowohl auf §. 342 wie auf die K.O. gegründet werden; der §. 342 erleichtert im Verhältnis zu K.O. §. 30 die Anfechtung durch Erstreckung des zurückliegenden für die Anfechtung in Betracht kommenden Zeitraums und im Verhältnis zu K.O. §. 31 dadurch (Denkschr. 186), daß der Anfechtende nicht eine Absicht der Gesellschafter, die Konkursgläubiger zu benachteiligen, nachzuweisen braucht (vgl. R.O.H. XIV, 95), vielmehr nur dem stillen Ge-

sellschafter der Gegenbeweis aus §. 342 Abs. 2 offen steht. — Der §. 35 K.O. ist für anwendbar auch auf den Fall des §. 342 zu erachten, insoweit er damit vereinbar ist, daß §. 342 eine Vereinbarung der Gesellschafter (unten Anm. II c) voraussetzt (Staub 7. Aufl. Anm. 3). — Über die Anwendbarkeit der §§. 36—41 K.O. auf den Fall des §. 342 vgl. unten Anm. III b, c, über die Anwendbarkeit des §. 42 K.O. vgl. unten Anm. II d. — Der §. 342 enthält zwingendes Recht (§. 335 III c).

II. **Rückgewähr oder Erlaß auf Grund im letzten Jahr vor Konkurseröffnung getroffener Vereinbarung** (vom Kläger darzuthuende Voraussetzungen; §. 342 Abs. 1); **außer wenn Grund des Konkurses erst nach Vereinbarung eingetreten** (zulässige Einrede des Beklagten; §. 342 Abs. 2).

a. **Rückgewähr auf die Einlage.** Vgl. §. 172 Anm. III. Unter „Einlage" ist hier nur das Eingelegte, nicht auch das Einzulegende verstanden, denn nur ersteres kann zurückgewährt werden. Mit den Worten „die Einlage ... zurückgewährt" ist nicht der Sinn verbunden, daß gerade die eingelegten Gegenstände zurückgewährt werden, noch (R.G. XXVII, 17) daß die Einlage voll zurückgewährt wird; vielmehr ist nur eine Rückgewähr „in Anrechnung auf die Einlage" gemeint (vgl. entsprechend §. 241 Abs. 3 Ziff. 5, §. 288 Abs. 2: „Rückzahlung des Grundkapitals"). Nicht unter §. 342 fällt mithin jede Zahlung die nicht in Anrechnung auf die Einlage erfolgt ist, z. B. die Auszahlung eines nicht dem Einlagekonto zuzuschreibenden Gewinnanteils (§. 337 Abs. 3). Unter den §. 342 dagegen fällt auch eine Rückgewähr, welche in anderer Art erfolgt als die Leistung der Einlage. Ebenso wie eine Rückgewähr ist aber auch — wenngleich dies in §. 342 nicht erwähnt — eine Sicherung zu behandeln (R.O.H. XIV, 93, R.G. v. 27. Septb. 1884 Gruchot Bd. 29 S. 997, R.G. XXVII, 18), da anderenfalls die Vorschrift des §. 342 leicht umgangen werden könnte. Einer Rückgewähr steht auch die Umwandlung in ein anderes Schuldverhältnis gleich (P. 4558), insoweit hierdurch die Konkursgläubiger benachteiligt werden, was nicht ausgeschlossen ist (Staub 7. Aufl. Anm. 3 gegen Behrend §. 95 Anm. 13), z. B. wenn die Einlage in ein Dahrlehn mit kurzer Rückzahlungsfrist umgewandelt wird und dann die Rückzahlung des Dahrlehns erfolgt.

b. **Erlaß des Anteils am entstandenen Verlust.** Vorausgesetzt ist, daß zur Zeit der Vereinbarung der Verlust bereits eingetreten war („entstanden"; Staub 7. Aufl. Anm. 4). Unerheblich dagegen ist, ob die genaue Höhe des Verlustanteils damals bereits durch Bilanzziehung oder Auseinandersetzungsberechnung festgestellt war. Unerheblich ist ferner auch, ob die versprochene Einlage bereits geleistet oder noch rückständig war; auch im letzteren Fall tritt die Anfechtbarkeit gemäß §. 342 ein (Denkschr. 186). Nur der Erlaß des Verlustanteils ist getroffen; das Anfechtungsrecht des §. 342 ist nicht auch auf den Fall erstreckt, daß der noch rückständige, zur Deckung des Verlustanteils nicht erforderliche Teil der Einlage erlassen wird (Denkschr. 186, Staub 7. Aufl. Anm. 10). Ein Erlaß des Verlustanteils ist aber nur möglich, wenn im Einzelfall der stille Gesellschafter überhaupt am Verlust beteiligt ist (R.G. XXXI, 37). Ist eine offene Handelsgesellschaft haftender Gesellschafter, so liegt kein Erlaß darin, daß einer der Mitinhaber jener offenen Handelsgesellschaft in eigenem Namen dem stillen Gesellschafter gegenüber sich zum Ersetzen des Verlustanteils verpflichtet (R.G. XXX, 35).

c. **Auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter.**

1. „Auf Grund." Vgl. §. 303 Anm. II a 3. Im Fall der Rückgewähr ist letztere von der Vereinbarung in der Regel unterscheidbar, im Fall des Erlasses fallen Vereinbarung und Erlaß in der Regel zusammen. Eine genügende Vereinbarung liegt aber auch in der thatsächlichen Rückgewährung seitens des haftenden Gesellschafters und Annahme des Rückgewährten seitens des stillen Gesellschafters. Wesentlich ist mithin nicht, daß die Vereinbarung als eine unterscheidbare Rechts-

handlung zeitlich früher liegt als die Rückgewähr oder der Erlaß. Die Worte „auf Grund“ weisen nicht auf die Zeitfolge, vielmehr auf den ursächlichen Zusammenhang hin. Vorausgesetzt ist hiernach, daß Rückgewähr oder Erlaß in ursächlichem Zusammenhang zu der nachträglichen Vereinbarung stehen; Anfechtbarkeit tritt daher nur dann ein, wenn ohne jene Vereinbarung der stille Gesellschafter Rückgewähr oder Erlaß nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit hätte beanspruchen können. War dagegen die Verpflichtung zur Rückgewähr oder zum Erlaß schon im Gesellschaftsvertrag oder in anderer Weise vor jener Vereinbarung begründet, so sind dementsprechend erfolgte Rückgewähr oder Erlaß nicht anfechtbar gemäß §. 342 (R.G. v. 27. Septb. 1884 Gruchot Bd. 29 S. 997). Unerheblich ist, ob in der Vereinbarung auf die Rückgewähr als eine Folge derselben ausdrücklich hingewiesen ist; Anfechtbarkeit liegt daher auch vor, wenn z. B. lediglich vereinbart ist, die Gesellschaft vorzeitig aufzulösen (vgl. §. 342 Abs. 1 Satz 2), und dann infolge der Auflösung die Rückgewähr erfolgt.

2. Vereinbarung. Wesentlich ist, daß Rückgewähr oder Erlaß unter freiwilliger Mitwirkung beider Gesellschafter erfolgen (vgl. Staub 7. Aufl. Anm. 1). Die Rückgewähr ist daher nicht anfechtbar gemäß §. 342, wenn der stille Gesellschafter sie einseitig erzwingt, z. B. durch Kündigung (auch fristlose), unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen, oder durch Anfechtung des durch Betrug zustande gekommenen Gesellschaftsvertrages; anfechtbar dagegen, wenn der haftende Gesellschafter die Kündigung gelten läßt unter Umständen, unter denen er hierzu nicht verpflichtet wäre (Staub 7. Aufl. Anm. 1). Das R.G. v. 6. März 1895 J.W. 203 erachtet für anfechtbar gemäß §. 342 die Rückgewähr auf Grund einer Auflösungsübereinkunft auch wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Betruges anfechtbar und die Anfechtung erklärt war. Dem ist nicht beizustimmen, denn die Übereinkunft, wenn sie nicht etwa dem stillen Gesellschafter mehr Rechte giebt als er hatte, erfolgt hier nur in Ausführung einer bereits vorhandenen Rückgewährpflicht. Anders nur, wenn der ursprüngliche Betrug bereits geheilt war, z. B. durch Fortsetzung der Gesellschaft trotz Kenntnis; auch können unter Umständen die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung eingreifen. — Unter „Vereinbarung“ ist eine nachträgliche Vereinbarung im Gegensatz zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrag verstanden (R.G. v. 27. Septb. 1884 Gruchot Bd. 29 S. 997, O.L.G. Hamburg v. 19. Juni 1894 Z.f.H. Bd. 48 S. 345; vgl. R.G. XXVII, 18); der Fall des §. 342 liegt daher nicht vor, wenn in dem innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung geschlossenen Gesellschaftsvertrag Rückgewähr oder Erlaß zugesagt waren (Staub 7. Aufl. Anm. 1).

3. Zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter. Eine zwischen dem haftenden Gesellschafter und einem Dritten geschlossene Vereinbarung begründet an sich nicht Anfechtbarkeit gemäß §. 342. Die Rückgewähr wird indessen in der Regel nicht ohne eine entsprechende Annahmehandlung des stillen Gesellschafters bewirkbar sein, in einer solchen Annahmehandlung wird aber meist ein Beitritt zu der mit dem Dritten geschlossenen Vereinbarung oder wenigstens zu dem die Rückgewähr betreffenden Teil derselben liegen (oben zu 1), und dadurch wird auch der stille Gesellschafter Mit-Vereinbarer. Ist haftender Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft, so ist eine zwischen einem Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft in eigenem Namen mit dem stillen Gesellschafter getroffene Vereinbarung keine solche zwischen dem haftenden und dem stillen Gesellschafter (R.G. XXX, 36). — Daraus, daß als eine Vertragspartei der „stille Gesellschafter“ genannt ist, will Rudorff ableiten, daß nur eine dem Gesellschaftsvertrag nachfolgende Vereinbarung gemeint sein könne (oben zu 2); doch kann hieraus jene Folgerung nicht gezogen werden, da der Sprachgebrauch im Gesetz hierzu nicht genau genug ist;

so ist z. B. in §§. 340, 341 als „stiller Gesellschafter" bezeichnet wer früher stiller Gesellschafter war.

d. **Im letzten Jahr vor Konkurseröffnung.** Für die Vereinbarung, nicht für Rückgewähr bezw. Erlaß, weist §. 342 auf diesen Zeitraum hin. Da aber die Vereinbarung Ursache der Rückgewähr bezw. des Erlasses sein soll (oben Anm. II c 1), so können letztere nicht früher als die Vereinbarung liegen, sondern im äußersten Fall mit ihr zusammenfallen. Entsprechend anzuwenden ist auch hier K.O. §. 42:

> „Die Vorschriften über die Anfechtung der vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen gelten auch für die Anfechtung von Rechtshandlungen, die nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden sind, sofern diese nach den §§. 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs" (betreffend öffentlichen Glauben des Grundbuchinhalts) „den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sind. Die Frist für die Ausübung des Anfechtungsrechts beginnt mit der Vornahme der Rechtshandlung".

Vorausgesetzt ist, daß über das Vermögen des haftenden Gesellschafters Konkurs eröffnet ist; ist haftender Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft, so ist die Voraussetzung nicht gegeben, wenn nur über das Vermögen eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft Konkurs eröffnet ist (R.G. XXX, 36).

e. **Wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind, ist die Anfechtung ausgeschlossen.** Sache des Beklagten ist es, hierauf eine Einrede zu gründen und im Fall des Bestreitens den Beweis zu erbringen. Hierdurch wird dem Zweck des Gesetzes (Denkschr. 186) Rechnung getragen, die Anfechtung des §. 342 auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen die Herausziehung der Einlage aus dem Geschäft zu einer Zeit geschieht, in der die Ursachen des späteren Vermögensverfalls schon vorliegen. Kein nach Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetretener Grund ist diese Vereinbarung selbst; der in §. 342 zugelassene Gegenbeweis kann daher nicht erbracht werden, wenn gerade die Vereinbarung und die daraufhin erfolgte Rückgewähr sowie die hierdurch veranlaßte Schwächung der Betriebsmittel des Geschäfts und der Vorgluft Dritter den Grund zum Konkurse bildeten (R.O.H. XIV, 95). Der zugelassene Gegenbeweis kann daher zwar nicht schon dadurch erbracht werden, daß Zahlungseinstellung oder Überschuldung als zur Zeit der Vereinbarung nicht bestehend dargethan wird (R.O.H. XIV, 94; dagegen Staub 7. Aufl. Anm. 5), dagegen kann er geführt werden durch den Nachweis, daß damals auch bei Berücksichtigung der Folgen jener Vereinbarung keine Zahlungseinstellung oder Überschuldung in Aussicht stand. — Zweifelhaft ist, ob die Einrede erhoben werden kann, wenn der Konkurs in mehreren Umständen seinen Grund hat, die teilweise vor, teilweise nach der Vereinbarung eingetreten sind. R.O.H. XIV, 96 und Staub 7. Aufl. Anm. 5 verlangen den Nachweis, daß allein die späteren Umstände ursächlich für den Konkurs waren. Wollte man dies streng nehmen, so wäre der Nachweis nie zu erbringen, da die Wirkung auch mit vielen sehr entfernten Thatsachen in ursächlichem Zusammenhang steht. Andererseits kann aber der Gegenbeweis als nicht geführt erachtet werden, wenn nur eine der letzten entscheidenden Thatsachen, z. B. Konkursantrag oder Pfändung, nach der Vereinbarung lag, Zahlungseinstellung oder -stockung aber schon früher vorhanden war. Entscheidend wird daher nur sein können, ob zur Zeit der Vereinbarung bereits Umstände vorlagen, nach denen die Beteiligten — bei Berücksichtigung der durch Ausführung der Vereinbarung erfolgenden Verschlechterung der Vermögenslage des haftenden Gesellschafters — die Möglichkeit eines bevorstehenden Konkurses in den Kreis ihrer Erwägungen ziehen mußten. — Nur die Thatsache, wann der Grund zum Konkurs entstanden, ist entscheidend; unerheblich dagegen ist, ob der stille Gesellschafter in der Lage ist, den Be-

weis zu erbringen, daß bei Vereinbarung nicht die Absicht vorlag, die Gläubiger zu benachteiligen (R.O.H. XIV, 95).

III. **Anfechtung.**

a. **Gegenstand der Anfechtung** ist die Rückgewähr oder der Erlaß, nicht die etwa (oben Anm. II c 1) davon verschiedene Vereinbarung; auf die Vereinbarung — soweit nicht etwa diese gemäß K.O. anfechtbar ist — kann daher der stille Gesellschafter eine Forderung als Konkursgläubiger stützen (Staub 7. Aufl. Anm. 8). Die Anfechtung erfolgt in voller Höhe des Rückgewährten oder Erlassenen (K.O. §. 37); der stille Gesellschafter kann weder einwenden, daß sein Verlustanteil geringer sei (vgl. §. 341 Abs. 1), noch (dagegen Cosack §. 112 XI 3 c δ), daß der eingeforderte Betrag größer sei als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich.

b. **Geltendmachung.** Für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der Konkursordnung (H.G.B. §. 342 Abs. 3).

1. Anfechtungsberechtigter ist der Konkursverwalter, und nur dieser. Dies folgt bereits aus §. 342 Abs. 1 Satz 1. Der §. 36 K.O. lautet:

„Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt."

2. Verjährung. Auch die hierüber in K.O. §. 41 gegebenen Vorschriften betreffen die Geltendmachung der Anfechtung, da sie dieser Geltendmachung Grenzen setzen. Der §. 41 K.O. lautet:

„Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 203 Abs. 2 und des §. 207 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung ....

Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach Abs. 1 ausgeschlossen ist."

3. Anfechtung gegen Rechtsnachfolger. Auch dies ist im Sinne des §. 342 Abs. 3 eine Vorschrift über „Geltendmachung" des Anfechtungsrechts; der hierüber bestimmende §. 40 K.O. ist daher gleichfalls für anwendbar zu erachten (ebenso Staub 7. Aufl. Anm. 9, Rudorff). Der §. 40 K.O. lautet:

„Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, bekannt waren;
2. wenn er zu den im §. 31 Nr. 2 genannten Personen gehört, es sei denn, daß ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, unbekannt waren;
3. wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist.

Im Falle des Abs. 2 Nr. 3 findet auf die Haftung des Rechtsnachfolgers die Bestimmung des §. 37 Abs. 2 Anwendung."

c. **Wirkung.** Für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der Konkursordnung (H.G.B. §. 342 Abs. 3). Die hierhergehörigen §§. 37—39 K.O. lauten:

§. 37. „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren als er durch sie bereichert ist."

§. 38. „Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden."

§. 39. „Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft."

Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten.)

A.

B.

C.

D.

F.

G.



J.

K.

P.

Q.

R.

T.

U.

W.

Druck von Herrosé & Ziemsen, Wittenberg.



